

MEMORIE ISTORICHE

D E L

PROCESSO CIVILE

DELL' AVVOCATO

FRANCESCANTONIO ROBERTI :

TOMO PRIMO



IN NAPOLI MDCCCXVI.

PRESSO MICHELE MIGLIACCIO

Colla pubblica autorità.





INTRODUZIONE AL PROCESSO CIVILE.

VI fu disputa fra gli antichi gius-pubblicisti nel dar la ragione, per cui gli uomini, abbandonando lo stato naturale, convennero nelle civili società. Esiodo non si apponeva forse male, nel ripetere un tal cambiamento dal disegno fermo nel cuor di tutti, di vedere in buon essere l'amministrazione della giustizia (1); cioè di quella giustizia particolare, da Aristotile detta commutativa, che attribuisce ad ognuno ciò che è suo. L'uomo certamente, al dir di Cicerone, può sempre ai suoi simili *prodesse*, e *obesse* (2). Or dall'uomo, che *obest*, nasce spesso il bisogno dell'altro uomo, che *prodest*. E quindi dovette esservi tempo, in cui per lo timore scambievole, venne in mente agli uomini il ricorso allo scambievole ajuto, che si fissò nel comunicare a vicenda, e nel ridursi in so-

A 2

cie-

(1) *Hesiod. Theogon. v. 87.*

(2) *Cic. Off. II. cap. 5.*

cietà. In fatti han combinato poscia gli scrittori del gius naturale, e delle genti, nel definire per causa della costituzione della città, il timore raggiunto agli uomini d' incorrere nei mali, che l'un l'altro potevano arrecarsi, ed il disegno di sottrarsi alla violenza (1). Or non è da dirli timore solamente quello, che fugge la forza armata, e'l male violento che in atto minaccia. Anche timore vi è quando si concepisce una diffidenza, un sospetto, una cautela (2). Il non esser sicuri gli uomini di ottenere la giustizia, quando loro abbisognava, o dopo qualche esempio sinistro, o per effetto di una dubbia immaginazione, che tenesse dietro ad un possibile, persuase la società civile, come un mezzo per essere tranquilli.

Quale è il disegno della giustizia? E quello certamente di render salvo a tutti ciò, che è loro proprio; ed a questo fine sono indirizzate le regole tutte, che la conducono (3). Onde è, che dal giureconsulto nella giustizia è definita stoicamente la volontà costante, e perpetua di dare a ciascheduno ciò, che è suo (4). Cicerone voleva impiegata questa virtù nell'impe-

(1) *Ved. Grot. de iur. bell. & pac. lib. II. cap. XX. n. 4. Puffendorf. ius nat. & gent. lib. VIII. cap. 1. §. VII.*

(2) *Quasi vero metuere significet solam fugam, ac non etiam diffidere, suspicari, cavere. Puffendorf.*

(3) *Platon. I. de Repub.*

(4) *Ulpian. I. 10. D. de Iust., & iur.*

5

pedire, che si nuocesse altrui, e nel far rispettare le cose comuni, come comuni, e come proprie le private (1). E Seneca il filosofo riconosceva qual voce universale delle genti, uscita dal fondo della natura, il *reddere quod debet* (2). Ecco dunque perchè, non riuscendo sempre gli uomini in questo intento, si appigliarono allo stato sociale, in cui colle leggi scritte si affiancano le leggi naturali, e si danno i mezzi più sicuri a conseguirlo.

Ma le leggi civili, mentre fanno rispettare le proprietà dei particolari, danno anche i modi più conducenti a farle riavere, se mai non a ragione venissero occupate. Ora entrambe coteste cose si ottengono per mezzo dei giudizj, coi quali son difesi quei, che posseggono, e sono obbligati coloro, che non si prestano, o senza motivo si negano. Egli è vero, che l'uom saggio e prudente non dee subito ricorrere allo spediente della forza civile, per ottenere il suo; come in poco dissimile rincontro avvertiva il Comico (3). E tutte le persone ben'istituite, dopo aver praticato i mezzi dolci, e manicrosi, atti a persuadere, quando questi falliscano, si determinano a pretendere in giudizio. Così fu prudente colui, che interpose l'autorità del giuriconsulto Procolo, perchè

A 3

av-

(1) *Cic. Offic. 1. cap. 5.*

(2) *Senec. 3. de benefic. cap. 14.*

(3) *Omnia prius experiri verbis, quam armis decet. Terent.*

avvertisse quel tale Iverone sulla situazione dei tubi, mal fondati nella parete comune, volendo egli sfuggire con ciò il cimento giudiziario (1). Così diceva Cicerone di Pubbio Quintio, che prima di esser convenuto in giudizio da Sesto Nevio, dava l'opera, perchè la faccenda si componesse colla minor possibile molestia (2). E Platone nei suoi dialoghi minacciava anzi la pena a coloro, che non si recavano docili agli arbitramenti privati, ed amichevoli (3). Certamente in Roma non si veniva in giudizio, se non dopo adoperati i domestici discertatori, nel rollo degli amici, e dei confidenti (4). E fra i giureconsulti vi fu Ulpiano, che, non potendo non applaudire a questo procedere quieto, e restio dal litigare, volle che si dicesse *verecunda cogitatio eius qui lites exsecratur* (5).

Questo è il fare dell'uom saggio, e prudente. Ma siccome, o non tutti son sempre saggi a questo segno, o non sempre il pensar de' saggi è ben corrisposto, così fa di mestiere, che nelle civili società, dietro lo stabilimento delle leggi, si passi anche alla istituzione de' giudizj, de' quali chi voglia, possa avvalersi, ed eligerne profitto. Fu Aristotile colui, che in questo senso annoverò i giudizj fra quelle cose, sen-

(1) L. 13. D. de servit. praed. urban.

(2) Cic. pro Quint. cap. 5.

(3) Plat. in dial. lib. XII. de leg.

(4) Cic. pro Quint. cap. 11.

(5) L. 4. §. 1. D. de alien. iud. mut. caus.

senza le quali non può stare la città, e li decide per mezzo di necessità assoluta, diretto all'utile dei contraenti, ed a mantener bene allibrata fra loro la regola del giusto (1). Se non che non basta, che vi siano i giudizj, a rendere ben sicuri i diritti de' privati, ed a recare al pubblico la tranquillità. Ne' giudizj si spiega la giurisdizione, che mette in attività la forza civile, per obbligare, e costringere i renitenti. Dunque, acciocchè non si pechi per questo lato, importa assai, che i giudizj stessi siano ben diretti, e da alcune ben poste regole avviati, per modo, che mentre si va al disimpegno, non si rechi ingiuria a colui, a cui si fa l'indirizzo. I giudizj non renduti a dovere producono sedizioni, diceva Aristotile, e portano dei serj conturbamenti nel sistema politico (2).

Ora, perchè lo sviluppo della forza civile, che si fa col giudizio, sia bene in regola, e non riesca a disordine, egli è d'uopo, che il giudizio stesso abbia soprattutto queste leggi moderatrici. Primieramente si dee quello esercitare da un terzo, che sia magistrato, costituito dalla pubblica potestà. Poi si dee eseguire con ordi-

A 4

ne,

(1) *Sextum, quod est omnium summum necessarium, iudicium, pro utilitate, & iustitia contrahentium. Arist. Polit. cap. 8.*

(2) *In quibus si non recte iudicetur, seditiones, ac rerum publicarum motus gignuntur. Arist. Polit. lib. VI. Cap. XVI.*

ne, e con cognizione ; per modo , che colui ; il quale viene ad aver la condanna , possa restar convinto di esserne degno . In terzo luogo col giudizio si dee animare una forza civile , cioè una forza non illimitata , e violenta , ma ristretta , e proporzionata a riscuotere soltanto l' effetto , per cui si adopera , senza degenerare in acerbità , e sovercheria . Nel gius civile son tutte queste cose raccomandate ; e viene ivi prescritto di non doversi di bello atterrire colla forza armata i debitori , che negano ; ma che , se il petitore non compie di prova la sua posizione , o vien dalla eccezione escluso , il debitore si assolva , e solamente quando sia convinto , si condanni , e coi rimedj della legge si obblighi al pagamento (1) . Ed in altro luogo è manifestamente riprovato quel tratto di giustizia , che si rende con troppa precipitanza : e si inculca al giudice , che non faccia prendere , e distrarre il pegno pria della cosa giudicata ; ma che vegga egli l' azione ordinatamente istituita , e poi , dietro la cognizion della causa , pronunzi la sentenza (2) . E' degno di esser notato quello , che i Gepidi risposero ai Longobardi presso Procopio : *Qui stare iudicio volunt, eos vi impetere iniquum est* (3) : E volevano significare quanto fosse eccellente l' osservanza del giudizio ben diretto , e degno di lode chi per se la richiegga.

Pri.

(1) *Leg. 9. Cod. de obl. & act.*

(2) *L. 1. Cod. de exec. rei iudic.*

(3) *Procop. Gothic. III.*

Primieramente adunque si dee dipendere dal giudizio del terzo, e si richiede che costui sia un magistrato abile a decidere, ed a far rispettare il giudicato. La magistratura è un'autorità costituita, che decreta nella città; cioè giudica, e fa eseguire (1). Nello stato naturale non si conoscono i magistrati, perchè non vi è chi possa decidere con giurisdizione ed imperio, cose originate unicamente dal patto sociale. Si conoscono però in quello stato gli arbitri, e son necessarij per dirimere le controversie (2). Debbono per vero gli uomini, allorchè contendono, spogliarsi della volontà loro, e depositarla in mano del terzo; conoscendosi da tutti, che se taluno arbitrasse di se stesso, non la indovinerebbe; perciocchè ognuno è il primo, ed il massimo adulatore di se medesimo, come dicea Plutarco (3). Egli è vero, che al pensar di Plutarco stesso, l'uom giusto nello stato naturale dee da se decider bene di se medesimo, essendo egli dalla natura già costituito giudice sopra di se (3). Quà alufero Cicerone, ed Orazio, il primo de' quali, ad esempio di Natica, voleva, che il savio non

(1) Vedi Noodt *de iurisd.* Cap. I.

(2) Vedi Grot. *de iure bell. & pac. lib. II. cap. XXIII. §. VIII.* Puffendorf. *lib. V. cap. XIII. §. VIII.*

(3) *Quisque sui ipsius assentator est primus, atque maximus. Plutarc. de adulat., & amic. discer.*

non s' intendesse mai per uom privato ; ed il secondo chiamò Lollio console non di un anno solo . E qui anche si riportano i naturalisti , che decidono ogni uomo per giudice nello stato naturale (1). Ma questo è da intendere di colui , che , non riconoscendo superiori nello stato della natura , governa se stesso , e le cose sue a proprio talento , e non già di colui , che contende con altri , e non può pretendere , che il suo avversario si accheti al suo definire . Allora fra due di diritto uguale , per principio di legge di natura , si richiede un terzo , che giudichi , e decida .

Per diritto civile poi , chi è che non vedrebbe un sorprendente tumulto , e rovesciato di bello tutto il sistema sociale , se si lasciasse ad ognuno la libertà di giudicar di se stesso ? Resterebbono certamente esposte alla ingordigia dei potenti le povere fortune dei deboli , ed ogni cosa tornerebbe a guerra , ed armi . Al proposito scrivea Cassiodorio , che in nulla sarebbe distante la tranquillità della pace dalla pubblica confusione , se le liti dovessero finire per forza , e per volontà privata (2) . E Quintiliano conchiudeva , che noi perciò veggiamo costituite le leggi , ed i magistrati , acciocchè taluno non presuma di dovere esser vindice del suo torto .

Ave-

(1) *Hobes. de Cive Cap. I. §. IX. . . .*

(2) *Quid enim a publica confusione pax tranquilla distabit , si per vim litigia terminentur ? Cassiodor. Varior. IV. 10.*

Avete ricevuto il danno, egli soggiungeva? Vi era la legge, il foro, il giudice. Che forse vi torna a vergogna il far la vendetta per mezzo della giustizia (1)? Abbiamo per regola stabilito dal giuriconsulto, che non sia da concedere a tutti quello, che col solo Magistrato si può ottenere, perchè, in vece di raffettar la lite, non si dia occasione a maggiori tumulti (2). E troviamo stampato nel corpo della legge un titolo a posta per impedire, che taluno giudichi nella causa propria, e renda giustizia a se stesso (3). Anzi leggiamo stabilite gravi pene per coloro, i quali ardiscono privatamente togliere ciò, che è loro proprio, e farli da se ragione; imperciocchè non solo essi incorrono nella legge Giulia *de vi*, ma perdono il diritto del credito. E' celebre in questo particolare il rescritto di Marco Aurelio Antonino, rapportato da Callistrato, e riferito per ben due volte nel
cor-

(1) *Nos ideo magistratus, legesq. a maioribus nostris accepimus, ne sui quisque doloris vindex sit, & assidue scelerum causæ se refellant, si ultra crimen imitabitur. Damnum accepistis? erat lex, forum, iudex. Nisi vos iure vindicari pudet. Quintil. declam. 13.*

(2) *Non est singulis concedendum, quod per magistratum publice possit fieri, ne occasio sit maioris tumultus. L. 176 D. de reg. iur.*

(3) *Ne quis in sua causa iudicet, vel ius sibi dicat. Cod. lib. III tit. V.*

corpo della legge . Fa sentire l'Imperadore , che non solamente è violenza quella , colla quale gli uomini si ammazzano , ma anche violenza si commette , quando alcuno viene a ripetere il suo credito non per mezzo del giudice : E conchiude , che chiunque posseggia fuori la tradizione , fattagli dal debitore , o fuora il ministero del giudice , non abbia più diritto a possedere , e cessi dall'essere più creditore (1) .

E' irregolare , e si oppone alla prudenza civile la specie proposta nella legge 55. *Dig. de furt.* , in cui da Ulpiano non si riprova il fatto del creditore , che di propria sua autorità va a prendere il pegno . Anche non è in regola quello , che in altro luogo è scritto del servo venduto , e non asportato ; e dell'ancella , che dal compratore si prostituisca : nei quali casi , essendovi il patto in contrario nel tempo della vendita , si fa buona al venditore la *inietio manus* , e la ripresa di propria autorità (2) . Giacomo Cuiacio volle sculare queste leggi , per non convellere le convenzioni , ed appellando alla santità dei patti . Ma anche il patto in tali casi poteva esser salvo , facendosi però eseguire coll' autorità del giudice , e non commettendosi all'arbitrio de' privati . Solamente par che

fos.

(1) L. 13. *D. quod met. caus.* L. 7. *D. ad L. Iul. de vi priv.*

(2) L. 1. *Cod. si serv. export. ven.* L. 1. *Cod. si mancip. ita venier. ne profit.*

fosse in una giusta eccezione alla regola quello, che si decide nella *l. 10 §. 16 D. quæ in frau. cred.*, nella quale si dà il diritto al creditore di inseguire il debitore, che fugge, e, raggiunto, strappargli afforza il danaro. Ed in questo senso par, che sia anche da intendere la costituzione *Animalia* di Federigo secondo, che permette il privato arresto degli animali alieni, trovati a far danno nei fondi propri. Sembra veramente qui, che nelle angustie del tempo, in cui trovansi il creditore, e l' danneggiato, debbasi loro permettere il tener dietro l'altro principio del diritto di natura del *vim vi repellere licere*. La necessità allora persuade, che s'impedisca in atto quel danno, che accaderebbe, mentre si aspettasse la licenza del giudice. *Melius est occurrere in tempore, quam post exitum vindicare*, scrissero gli Imperadori Valentiniano, e Teodosio, ai quali fece eco Giustiniano (3). Si va al giudice non perchè un privato perda il suo, ma perchè in un modo migliore, e più regolare lo recuperi. Quando dunque si corre pericolo di fare sul momento la perdita, allora, appellandosi al diritto primario della natura, è lecito respingere la forza colla forza, e mettere il suo in salvo. Non vi è legge, o naturale o scritta, che non accordi questa licenza, moderata però nei limiti della *incolpata tutela*.

(3) *L. 1. Cod. quand. lic. unic. fin. iud. vind.*
L. 5. Cod. in quib. caus. in integ. rest.

la (1). E da questo principio deriva quello, che contra i curiali, e gli altri subalterni è scritto nel codice di Giustiniano, permettendosi come lecito il loro arresto, quando fuggissero per non prestarli alle opere dovute (2). Tranne questi casi di singolare eccezione, in tutto il dippiù è sempre cola non permessa il farsi da se giustizia, e non adire i magistrati, che a questo fine sono costituiti, al dir di Pomponio, acciocche *iura regere possint* (3).

Adunque la prima cosa, che si richiede ne' giudizj, consiste in quello, che si debba dipendere dal sentimento di un terzo, costituito, e riconosciuto per abile dalla pubblica potestà. Che poi far dee cotesto terzo? Prima di tutto dee conoscere del merito della cosa controversa. Or una tal cognizione comincia dal sentirsi entrambe le parti, che contendono, e si consuma nel ponderare la verità, e la giustizia, che a ciascheduna può appartenere; per poi renderla a chi spetta. La necessità di sentire entrambi i litiganti, forma il massimo di tutti i requisiti, posto il quale, v'è in ordine il giudizio, o messo il quale, per principio di diritto di natura, il
giu-

(1) L. 3 D. de iust. & iur. L. Scientiam §. qui cum aliter D. ad Leg. Aquil. L. 1 §. vim vi D. unde vi L. 1. Cod. unde vi.

(2) L. 1. Cod. ub. quis de curial. vel cohort. aliar. condit. conven. L. Generalit Cod. de decur.

(3) L. 2 §. post originem D. de orig. iur.

giudizio v'è male. Esiodo non ammette mezzo termine. Egli proibisce assolutamente al giudice il pronunziar la sentenza, prima di sentire amendue i contendenti (1). E Seneca elegantemente diceva, che colui il quale giudica tra due, sentendo un solo, potrà forse indovinarla, e dir cose giuste, ma non potrà mai presumere di esser egli detto giusto: *aequum licet statuerit, baud aequus fuit* (2). Qui allude il fatto di Alessandro il grande, il quale all'accusatore, che gli si presentava narrando, teneva chiuso col dito un orecchio, e diceva di conservarlo intatto per lo accusato (3).

Or nel sentirsi le parti, che contendono, avviene certamente, che nasca dubbio nell'animo del giudice. Già nelle cose morali avvertiva bene Aristotile, che non si rinviene così chiara la certezza, come nelle cose matematiche. Fra il retto, ed il curvo la matematica non ammette intermezzo; e quello, che è retto, è certamente tale, senza lasciar ombra di dubbio. Ma fra quello, che si dee, e quello, che non si dee fare, nasce talvolta una cosa mezzana, che fa pendere or dall'una, or dall'altra parte: *quid cui anteponendum sit, difficilis est iudicatio*. E diceva bene Andronico di Ro.

(1) *Nisi prius audieris ambos, ne iudicium fer. Hesiod.*

(2) *Senec. in Medea.*

(3) *Plutarch. in Alexandr.*

Rodi , che sia opera malagevole il discernere ciò che è veramente giusto , da quello , che al giusto si rassomiglia . Questo è nelle cose morali , guardate in loro stesse . Se poi alla intrinseca loro incertezza si aggiunga la contraddizione , allora viene a formarsi il dubbio fondato , e le cose contrarie prendono posizione , proporzionatamente alla energia , con cui son dette , e ragionate . La cosa , per esser dubbia , dicea l' Imperator Costantino ; basta , che sia negata (1).

La dubbiezza poi può nascere o dalla legge , o dal fatto ; dacchè o si quistiona nell' interpretare il diritto sul fatto certo , o la quistione comincia dal fatto . Diceva Fabio , che nella nuda discettazion del diritto vengono in mira la proprietà delle parole , la disputazione del giusto , e le congetture della volontà (2). E per legge Romana, li quale distingueva tra magistrato , e giudice , queste cose erano di ispezione de' magistrati ; dacchè innanzi ad essi , che *ius dicebant* , si trattavano le quistioni giuridiziali , e la cognizione del fatto dubbio si commetteva ai giudici . Abbiamo , che i giurisconsulti , de' quali era propria l'interpretazion delle leggi , sostenevano le nude quistioni legali ; gli oratori poi , che avean la facondia , prendevano parte nel difendere le cause di fatto . Ond' è , che Aquilio Gallo , allorchè s' imbatteva in una lite , che

avea

(1) *Fab. lib. XII.*

(2) *L. 3. Cod. Quib. ad lib. proclam. non lic.*

avea molta mistura di fatto , non vi prendeva ingerenza , e la rimetteva al gran Cicerone.

Nelle cause di nuda quistion legale la cosa è breve; perchè per parte di chi contende non si dee apprestare materiale alcuno al giudice , che decide . Vi è la legge , che dà il soggetto a tutto l'argomento , e nell'intenderla , ed applicarla altro non si richiede , che la scienza della legge stessa , che nel giudice dee risiedere . L' affare v'è poi a lungo nelle cause di fatto , cioè quando la cosa , che si asserisce , nel fatto vacilla . Sarebbe allora ingiusto il giudice , se credesse ad un dei due che affermano , avendo ognuno il diritto o di esser creduto , o di escludere il credito per l' altro . Ecco dunque , che in questo stato si esige la prova , colla quale va a definirsi a chi dei due si debba la credenza .

Il *provare* non è altro , che render la cosa *proba* e giusta al cospetto del giudice , senza lasciarvi dubbiezza . Questo è un dovere , che l' un litigante e l' altro lo rendono al giudice , e non a loro stessi reciprocamente . Lo disse Celso (1) : E nel gius civile son molti i luoghi , ne' quali si dà al giudice il diritto di esigerlo . Per potere un figlio aspirare all' eredità del padre , dee provare *al giudice* che sia figlio , dice Paolo (2) . E l' Imperadore Antonino al giudice

B.

di

(1) *L. Quinquaginta D. de probat.*

(2) *L. Lucius D. de cond. & demonstr.*

di cognizione, rispose, che si dee dirigger la prova della causa turpe, da cui partì l' obbligazione, affine di esserne assoluto (1). In fatti il giudice che dee decidere, dee essere fuor dei dubbj. Or la prova della cosa dubbia non si può fare altrimenti, se non per mezzo di una cosa certa. Si richiede però, che questa tal cosa, da provare il dubbio, non abbia una certezza qualunque, cosicchè possa esser di nuovo richiamata ad esame; ma racchiuda una certezza convincente, e ricevuta, che appoggi a principj certi, o come diceva l'Imperadore Alessandro, a principj *legittimi* (2). Ma quali sono le prove legittime? Aristotile distingueva le prove in artificiali, ed inartificiali. Le prime le faceva nascere dalla cosa stessa, per via di argomenti; le seconde, diceva, che si acquistavano esternamente, senza arte d'ingegno. Lo stesso insegnava Cicerone, il quale definiva l'argomento per prova intrinseca, e lo diceva *probabile inventum ad faciendam fidem*: e poi chiamava prove esterne quelle, che da' testimonj si acquistano; intendendo per testimonio *omne, quod ex aliqua re externa sumitur ad faciendam fidem*. I giurisperiti Romani, dietro il sistema dei rettorici, non deviaron da queste massime. Co' gli argomenti essi dicevano, che si ragiona-

va;

(1) L. 1. Cod. de cond. ob turp. caus. L. 1. Cod. de reb. alien. non alien.

(2) L. 4. Cod. de prob.

va, co' testimonj si altercava. E la prima parte di difesa, come più nobile, si lasciava allora agli oratori, che avean l'arte di persuadere; la seconda si abbandonava ai padroni di ordine inferiore. Le leggi poi civili han sempre in ogni tempo riconosciute per legittime queste sorte di prove, distinte in argomenti, in documenti, ed in testimonianze (1); non essendo altro il documento, che una prova esterna, affine alla prova testimoniale. E quando si è voluto parlare con proprietà di frase, allora la prova derivata dagli argomenti, si è adombrata sotto il *docere* (2); dacchè colui, che ragiona, ammaestra: e la prova scritturale, o testimoniale, si è significata coll' *ostendere*, e col *monstrare* (3); essendo un atto meramente materiale il far vedere, o sentire quello, che non colla ragione, ma col senso si apprende. Il giudice a cui si dirige la prova, in quella, che si fa *docendo*, dee trovar la cosa apparecchiata per modo, che senza più dubbio l'intenda; in quella, che si fa *ostendendo*, dee nella cosa veder netto, senza trovar ombra di oscurità. Or il discarico o dell' uno, o dell' altra disimpegno, che ai litiganti incumbe, è chiamato adempimento di intenzione, o pure adempimento di detto (4).

B 2

E per

(1) L. ult. Cod. de prob. L. 1. Cod. de test.

(2) L. 12. L. five Cod. de prob.

(3) L. 17. 20. 23. 24. Cod. cod.

(4) L. 25. D. de prob. l. 1. Cod. de prob.

E per l'opposto il non adempierfi ad alcuna di tali pruove, ed il lasciare il detto nudo, e non affodato, presso i giureconsulti opera, che la cosa detta si abbia per non detta (1).

Tutte le pruove poi debbono essere di merito, e capaci a produrre l'effetto, per cui si appa-
recchiano. In quanto agli argomenti, la legge poco ha avuto che dire. Giuocano in essi le arti oratorie, ed i precetti di quelle scienze, che diriggon gli uomini a ragionare, ed a ben persuadere. Solamente avverte il gius civile, che questi argomenti sian manifesti, indubitati, & *luce clariora* (2). E quando in ciò dai difensori delle parti non si adempie bene, o per incuria, o per insufficienza, allora puo il giudice supplire, perchè non risponde nel fatto, lo che sarebbe riprovabile, ma nella ragione, e nel diritto, lo che è uno dei suoi più nobili uffizj (3). Da questa chiarezza di argomenti, dal giudice alsodati, fu accompagnato il celebre giudizio del Re Salomone: da cui poco fu diffimile nel merito quello che rese l'Imperador Galba, al riferir di Suetonio. Si era disperso un giumento, che preteso da molti, non poteva saperfi, a chi appartenesse. Galba ordinò che
ben-

(1) L. 9. Cod. de edendo. — — — —

(2) L. ult. Cod. de probat. l. 22. ad L. Cornel. de fals.

(3) Ut quæ desunt advoc. part. suppl. iud. tit. II. lib. 2^{da}. Cod. — — — —

bendato negli occhi si recasse al fonte , dove era solito di essere abbeverato , e poi sbendato si lasciasse a colui , alla cui casa da se solo fosse venuto ad avviarsi (1).

In quanto poi alle prouve esterne ; la legge civile ha aperto assai gli occhi , perchè ha più campo in esse a spaziarsi l'umana malizia . Nelle cause , che appoggiano a queste prove , si alza l'indagine sulla verità del fatto , che presta il soggetto alla lite , e che dall'attore si afferma , dal reo si nega . I mezzi da provare sono le scritture , ed i testimonj . E chi non sa , quanto si possa su questi materiali macchinare dall'ingiganti , e quanto il giudice arbitrar possa , se voglia , a danno della giustizia ? La quistione di fatto , disse Papiniano , in *arbitrio est iudicantis* (2) . E 'l giureconsulto Paolo , mettendo in parallelo la controversia del fatto con quello del diritto , sottopose la prima alla potestà del giudice , e ne sottrasse la seconda : *Facti quaestio in potestate iudicantium est, iuris autem auctoritas non est* (3) . E' aureo quel luogo di Cicerone *pro Caccina* , in cui si contrappongono le quistioni di diritto a quelle di fatto , e si mette in risalto la purità delle prime , che si risolvono per mezzo di principj semplici , e sicuri , quali sono i dati della legge , a differen-

(1) *Suet. Galb. cap. VII.*

(2) *L. 1. D. ad Senat. conf. Turpil.*

(3) *L. Ordine D. ad munic.*

za delle seconde, che attingono a fonti meno chiare, e spesso agitate da sospetti di falsità, e di finzioni (1). Ecco dunque perchè titoli intieri restano scritti nel Codice, e nel Digesto *de fide instrumentorum*, & *de testibus*; e gran quantità di leggi si son lasciate sotto i titoli *de probationibus* & *praesumptionibus*, ed altrove.

Queste prove, che risultano da scritture, e da testimonj, disse Fabio, che si riducono a tre classi; altre essendo quelle, che danno il fatto per provato necessariamente, cosicchè non ammetta posizione possibile in contrario; altre quelle, che lo danno per provato verisimilmente per modo, che non escludono una probabile confutazione; altre finalmente quelle, che lo provano leggiermente, da poter essere con facilità contraddetto, e smentito (2). Colui, che era in Atene nel tale giorno, non poteva nel giorno stesso ritrovarsi in Roma: dunque dal docu-
men-

(1) *In ceteris controversiis, atque iudiciis, cum quaeritur aliquid factum nec ne sit, verum, an falsum proferatur, & fictus testis subornari solet, & imponi falsae tabulae, nonnunquam honesto, ac probabili nomine bono viro iudici error obici, improbo facultas dari; ut cum sciens perperam iudicavit, testamentum, aut tabulas secus esse videatur. In iure nihil est huiusmodi, non recuperatores, non tabulae falsae, non testis improbus & c. Cic. pro Flacc.*

(2) *Fab. lib. V. Cap. VIII., Cap. X.*

mento della residenza in Atene, nacque una prova necessaria, non suscettibile di contraddizione (1). Il testimonio, che depone di niente aver veduto nel cuor della notte oscura, dà un argomento al giudice di necessaria credenza, che non ammette ragionevole attacco: E per tal motivo abbiain da Plutarco nell'Alcibiade, che in Atene furon molti convinti, e giudicati di falso. Or con queste, e somiglianti specie di prove necessarie, tiene la legge, che il giudice v'è sicuro o ad assolvere, o a condannare (2). Nelle pruove poi verosimili vede il giudice la certezza, non fisica e necessaria, ma presuntivamente dimostrata, secondo il merito di quello, che gli si apparecchia. Egli è figlio di colui, dalla cui moglie in costanza di matrimonio si vede nascere: Chi è figlio, è nella potestà del padre: La volontà dell'uomo, quando non si prova, non si suppone mutata: Chi contrae, vuol badare a se, ed ai suoi eredi: Quello, che è oggi, ha potuto essere anche per lo innanzi: Il legato, replicato col codicillo, s'intende duplicato: Col trovarsi cancellato il chirografo, si crede liberato il debitore; ed altro (3). Or in

B 4

tut-

(1) *L. Optimam Cod. de contr. & committ. stipulat.*

(2) *L. ult. Cod. de prob.*

(3) *L. Filium D. De his qui sui vel alieni iur. L. si pactum. L. Cum qui se. L. si filius; L. cum*

tutte queste cose il giudice non è legato in modo, che non possa dar luogo ad una possibile posizione contraria. Finalmente, se voglia dirsi, che un furto siasi fatto da colui, che fu in casa: Che il servo, il quale fuggì dal compratore, era fuggitivo anche prima della compra: Che non sia legittimo quel figlio, che vien detto spurio presso gli atti dalla madre sdegnata: Che si debba avere per creditore colui, a cui il testatore ordinò pagarsi il legato, come dovuto: Che sia ingenua colei, il cui padre annunzia ingenui natali, ed i cui fratelli non mai han sofferta quistione di stato; ed altro (1). In questi dati il fatto non si presenta al giudice, che infermamente provato, ed esposto ad un attacco, che di leggieri può confonderlo; e l'affare qui è tutto rimesso alla prudenza del giudice stesso, che dee guardarlo in tutti gli aspetti, colle sue circostanze, coi suoi aggiunti, e colle sue dipendenze: nè può venire qui la legge a dare una regola certa per misurare i gradi del merito, che tali pruove avvolgono (2).

Chi

L. cum tacitum L. non est necesse L. 50, L. si chirographum L. cum de indebito L. Procula Cod. de prob.

(1) *L. Emptorem, l. Cum probatio, l. Imperatores, leg. Qui legat. D. de prob. l. Neque natales, l. matrem, l. Al probationem servitutis Cod. eod.*

(2) *L. Cum de etate D. de prob. l. Testium D. de test. l. Lucius de bis qui notant. infam.*

Chi vuol provare nelle cause di fatto , può produrre scritture , e testimonj . E la regola è allora , che alle scritture si presti maggior credenza , e , dandosi loro il primo luogo , quando esse manchino , si ricorra ai testimonj . *Quoties desunt argumenta , aut probationes , quae ex scripto fiant , ad testes recidit controversia* , scrivea Filone (1) . E la ragione si è , perchè la scrittura , che si produce , si suppone fatta da uomini indifferenti , in tempo non sospetto ; i testimoni per lo contrario si suppongono richiesti nel tempo della lite , quando essi fanno all'uopo , e l'impegno è nella attività . Anche i Visigoti adottarono queste massime (2) . Ed il giurisperito riferì deciso dal Senato Romano , che i censì , e gli stromenti pubblici erano assai dappiù dei detti de'testimonj (3) . Nei tempi di mezzo i patti , ed i *placiti* , ridotti in iscritto , trionfarono sulle prove testimoniali , purchè nelle scritture niente si desiderasse circa i solenni , ed i costitutivi essenziali . (4) .

Ma perchè venirli ai testimonj ? Ella è questa una conseguenza del costume corrotto , ed un rovescio , sopraggiunto alla umanità dalla bandi.

(1) *Phil. Jud. in decal. p. 764 Edit. paris.*

(2) *L. 11. tit. IV. Cap. III.*

(3) *L. census 10. D. de probat.*

(4) *Vedi L. Baiuvarior. Tit. XV. Cap. XIII. Capitul. Franc. l. VI. cap. 149. 346. 416.*

dita buona fede; perciocchè, se nel proprio interesse non vi fosse pericolo di trasporto, senza bisogno di testimonj, si dovrebbe credere a colui, che afferma. O miserabile nostra condizione, esclama Quintiliano, giacchè di tutto quello, che facciamo, abbiain bisogno di testimonianza. E la verità, e la buona fede ove son gite? Appena dicesi provato quello, che si fa da due (1). Portate quà testimonj, ed argomenti, si legge presso Eschilo, che possano accertare della verità delle cose dubbie (2). Ma si avverta, che dicesi testimonj, nel numero del più, cioè più persone, che contestino; imperciocchè ad un solo, che testimoniando asserisca, non mai si è creduto, ancorchè si trattasse di affare piccolissimo (3). E nelle sacre scritture, nelle quali vi è tutto il bello, ed il puro della naturale filosofia, solamente in bocca di due, o di tre, si fa consistere il detto (4). Afferiva Plinio, che non vi sia al mondo

(1) *Misera conditio mortalitatis, quando omnibus iam qua agimus, videtur opus esse teste: ita parum facit veritas, ita nullum nomen est fidei? Non satis videri potest probatum, quod duo sciunt. Quintil. Declam. 312.*

(2) *Testes & argumenta vos conquirite, que facere possunt rebus ambiguis fidem Æsc. in Tir.*

(3) *Uni etiam de minori scelere non creditur. Senec. lib. III. contr. I. in fin. Quintil. Declam 338.*

(4) *Deutor. XVII. 6. XIX. 15. Numer. XXV. 30.*

do mendacio per impudente, che fosse, il quale non potesse avere il suo testimonio (1): E voleva dire, che un solo può facilmente o ingannarsi, o esser sedotto: All'incontro il mendacio, e l'errore, al confronto di più persone, va a scovrirsi, ed emendarli. E perciò l'Imperadore non volle credere al solo figlio del liberto, che asseriva fatto un deposito dalla padrona defonta; e causò gli atti in grado di provocazione (2): Ed in tanti altri luoghi del gius Romano è sempre non curato, e proscritto il testimonio di un solo (3). La confessione in giudizio di un solo nuoce però a colui, che la fa; non già perchè questa confessione formi pruova, ma perchè esonera la parte avversa dall'obbligazione di provare (4). Lo stesso vale per lo giuramento, allorchè dall'avversario si deferisce; perchè chi giura, vien dispensato dal dovere di dar la pruova (5).

Nei testimonj è da por mente, che per far essi prova convincente di quello, che dicono, debbono deporlo di loro certa scienza, altrimenti, appoggiando al detto di un terzo, tanto vale

le

(1) *Nullum tam impudens mendacium est, ut teste careat. Plin. N. H. l. VIII. Cap. 32.*

(2) *L. 20. D. de quest.*

(3) *L. 9. Cod. de test.*

(4) *L. §. 4. D. de quest.*

(5) *L. 1. §. 1. D. de Interrogat. l. 1. Cod. de confess.*

le la loro deposizione, quanto quel detto, a cui si rimettono. Chi ha veduto pagare, e consegnar la moneta al creditore, può testificare del pagamento. Chi ha inteso parlare il testatore, può deporre della sua volontà. E quì si riporta l'Imperador Giustiniano, che richiede l'intervento de' testimonj in quell'atto, che narrano (2), e che essi debbano deporre *quod novissent* (3); volendo dire, che quel che dicono lo debbono aver appreso in atto coi sensi del corpo. Nè porta disordine a queste teorie ciò, ch'è detto nella legge 2. §. *ante pen. D. de acq. plu. arc.*, dove per provarsi la esistenza di una fossa, si ammette il testimonio, che, quantunque non era stato sopra luogo a vedere lo scavamento di quella, lo narrava però per averlo inteso da altri; impèrciocchè in quel giudizio, di cui colà s'incarica il giuriconsulto, non si faceva indagine dello scavamento della fossa, ma della memoria tramandatane; ed in questo caso l'averlo inteso dire stava bene in bocca del testimonio, che per mezzo del solo udito potea saperne il racconto. Lo stesso è contenuto nella *L. si Arbitr. D. de probat.* Ma si avverta, che il gius civile in questi casi richiede, che il testimonio, il quale depone per averlo inteso, non si dee

(1) *L. 5. §. dato D. de iureiur.*

(2) *L. 8. Cod. de test. §. Si vero Nav. de hered.*

(3) *Nov. de Ss. Episc. §. Nul. ver.*

dee contentare di riferire un racconto vago, ed incerto, ma dee disegnare gli autori, i quali intervennero, videro, e poi lo dissero. La fama, quando non parte da autori certi, e buoni, è un rumore sparso, che ammette tutte le eccezioni. *Vanae populi voces non sunt audientes*, disse l'Imperador Diocleziano (3). Solamente Ulpiano opinò, che colla fama si poteva confermar la fede della cosa, che si richiedeva (4). E volle dire, che la sola fama non fa altro, che apprestare un leggiero motivo di sospetto, che, concorrendo con altre congetture veementi, conferma la credenza, e dà il suggello ad una prova convincente.

Appartiene poi all'uffizio del giudice, che conosce della causa, il sentir egli le voci de' testimonj, l'interrogarli, ed il por mente al modo, con cui essi si presentano, e si fanno a deporre. Cicerone faceva quì consistere il massimo della prudenza nella persona di chi giudica. Diceva egli che dovea giocare della congettura, e spenderli in ciò dell'applicazione non ordinaria, per sentirsi le cose, che si narrano: *quanta auctoritate, quanta animi acquitate, quanto pudore, quanta fide, quanta religione, quanto studio existimationis bonae, quanta cura, quanto timore dicantur* (1). E l'Imperadoro Adriano in una sua pistola, riferita da Callistrato, ricorda à Vivio Varo Legato della Cilicia: *Tu*

ma.

(1) *Cic. pro M. Fonteio*,

magis scire potes quanta fides habenda sit testibus: e dà la norma, così nell' ammetterli le persone de' testimonj, come nel riceverli, ed accreditarli il loro detto (1). Anche i popoli Settentrionali portaron nella Italia il sistema di presentare al giudice il testimonio, ed innanzi a lui farlo parlare (2). E non fu, che un abuso dei tempi dopo, quando l'udienza de' testimonj cominciò ad essere in commessa. Per legge civile i testimonj si sentivano innanzi alle parti, e dopo aver deposto, potevano essere redarguiti, e corretti, o pure dai loro producenti illuminati. Ed anche per errore venne poi ad introdursi, che essi deponessero non in presenza dei litiganti, essendosi mal capito il *iudicantis secretum*, che si trova nella L. 14. Cod. de testib.

Dietro la cognizion della causa, l'ultima parte, che resta al giudice, è quella di profferir la sentenza, che ponga fine alla controversia. Per legge civile la sentenza si dee pronunziare innanzi alle parti. Vuole Paolo, non già, che si conosca, ma, che si giudichi della lite, *praesentibus omnibus, quos causa contingit* (3). Fino a che la causa si decide, può sempre più essere aiutata. Il presente fa maggiormente valere la sua ragione, e si difende. Poi il presente

ren-

(1) L. 3. Dig. de test.

(2) L. Long. lib. 11. tit. 52.

(3) L. 47. D. de re iudic.

rende più avveduto il giudice stesso, e può impedire, che gli si commetta un'ingiustizia. La coscienza umana così è formata, che quando l'uomo è prevenuto al male, trovandosi al cimento in presenza di colui, cui vuol nuocere, spesso si avvilisce, e si ritratta.

Dopo la promulgazion della sentenza, niente altro resta, che mandarli quella ad effetto. O è giusto, o è ingiusto ciò, che si è deciso, merita rispetto, ed esecuzione; altrimenti a nulla servirebbe il far dirimere la controversia, se alla sentenza non dovesse ubbidirsi. Il giudice stesso che l'ha pronunziata, non ha la facoltà di correggerla, ed altro non può fare che venerarla (1). Cicerone rinfacciava per delitto a Verre, che il decreto di un giorno lo mutava il dimane (2). E troviamo presso Plutarco, che per aver reclamato Machete da una sentenza di Filippo il Macedone, essendosi riesaminata la causa, e scoperto l'errore, anzichè rescinderli il giudicato, si volle piuttosto dal Re pagar di borsa propria il querelante; e si venne a dare un esempio memorando del modo, come alle cose giudicate si debba lasciar rispetto e venerazione. In Roma, nei primi tempi, non si conoscevano le appellazioni nelle cause private dalle sentenze dei giudici; che anzi, *ante iudicium acceptum*, si dava la cautela di eseguire
il

(1) L. 14. § 62. de re iudic.

(2) Cic. Verr. III.

il giudicato. Poi si aiutò l' affare colla intercessione Tribunizia, quando era appellato il Tribuno, pria di accettarli il giudizio. E finalmente non fu, che a tempi dei Cesari, aperta largamente la strada alle appellazioni, che vennero ad essere in regola, dopo avvilita la potestà pretoria, e per la nuova ritualità indotta, di darli i giudici per via di rescritti, colla provocazione *ad Principem*.

Dopo messe in uso le appellazioni, venne a chiamarsi giudicato quello, che in ultimo luogo si decideva, senza pericolo di ulterior richiamo. Tre cose poi si stabilirono per gli giudicati. Primieramente si disse, che al giudicato, da cui non si appellava, si dovea stare: poi, che il giudicato non si potea rescindere: In terzo luogo, che dopo il giudicato, non si poteva più quillionare (1). Stanno assai ben dette tutte queste cose, altrimenti si vedrebbero in essere due sommi sconcerti. Primieramente niuno potrebbe arrivare ad ottenere il suo: e si frustrerebbe l' unico fine, per cui sono in essere i giudizj. Secondariamente non si darebbe giammai fine alle liti; lo che sarebbe ferale alla civile società. E perciò è scritto, che interessa il pubblico il veder salvo l' effetto della cosa giudicata

ta

(1) *L. 1. Cod. de reb. dub. l. cum prolati*
D. eod. L. 2. Cod. sent. resc. non pos. l. postrem.
D. de re iudic.

ra (1). Solamente la sentenza; che prescrive un impossibile, non si deve eseguire (2); non perchè allora non obblighi la sentenza, ma perchè viene la scusa dall'impossibilità, che non può mai obbligare (3). I legislatori poi allo impossibile fisico hanno aggiunto l'impossibile morale, ed han deciso, che sia insequibile la sentenza, che contiene in se stessa un vizio, come sarebbe, se appoggiasse ad un notorio errore di calcolo (4). Più: la sentenza che contiene nullità, perchè contra la legge scritta, o contra la costituzione (5). E finalmente la sentenza pronunciata dal giudice corrotto (6), che per lo delitto si suppone già tolto di uffizio.

Dalla cosa giudicata nasce il diritto di conseguirsì quello che è stato giudicato, se si può ottenere, altrimenti l'equivalente; perciocchè, come avverte il Grozio, richiede la giustizia esplettrice, che, non potendosi arrivare all'*idem*, si vada al *santundem*, *quod morali aestimatione est*

C

idem

(1) L. non minor. Cod. de transaction. L. penult. Cod. de re iud. l. 65. §. cum praesor. D. ad Trebel.

(2) L. ult. quae sent. fin. appell. reso.

(3) L. impossibilium D. de reg. jur.

(4) L. 1. §. 1. D. de sent. quae sine appell.

(5) L. 1. §. 2. D. quae sent. l. 2. Cod. quando prov. non est nec.

(6) L. Venales Cod. quando provoc. non est nec.

34
idem (1). Questo diritto però consiste nel dimandare, e non già nello eseguire da se, senza l'ufficio del giudice. Ulpiano volle, che fosse tenuto di furto, & *de vi honorum raptorum*, colui, il quale di propria autorità viene ad occupare la cosa giudicata (2). E dal gius civile dopo il giudicato altro non si dà al vincitore, che l'azione detta di giudicato (3), colla quale si va a vederne l'effetto, e la esecuzione. E dee esser così necessariamente; dapoicchè, trattandosi di esecuzione, in cui si mette in attività la forza civile, dee questa adoperarsi per mezzo del magistrato, e dee esser con regola e con prudenza animata, cosicchè non se ne risenta disordine. Il gius civile vuole, che al condannato prima di tutto si prenda il pegno (4); cioè gli si tolgano delle cose, che servano di pegno al vincitore. Questo pegno colle dovute regole si dee distrarre, e dal prezzo si dee pagare chi ha vinto. Vollerò i giureconsulti Romani, che nel fare il pegno, prima si desse di mano alle cose mobili, quindi ai semoventi, in terzo luogo ai stabili, e finalmente.

(1) *Grot. de iur. belli & pac. lib. II. c. 7.*

(2) *L. 6. §. qui iudicati D. de re iud.*

(3) *L. 4. princ. l. miles §. 6. §. ult. Cod. & Dig. de re iud. l. 1. Cod. de recept. arbitr.*

(4) *L. 15. §. 2. D. de re iud.*

nalmente ai nomi de' debitori (1). Fu prudentemente disegnato questo sistema, appunto per tenere in moderazione la forza civile. Torna più conto al debitore il veder presi i mobili, che i stabili; essendo per lui più facile il rimpiazzo dei primi, che dei secondi: E torna anche comodo al creditore l'esecuzione sopra i mobili, perchè più vendibili, e quindi di mezzo più spedito alla sua soddisfazione. Vuole dippiù la legge, che non subito si passi alla vendita del pegno, ma vi si interponga un prudente intervallo (2); perchè forse il debitore condannato, può restare abilitato a redimerlo, e pagare.

Più: nella distrazion del pegno la stessa legge civile ha particolari considerazioni di quel debitore, che o per merito personale, o per principio di umanità, deve esser riguardato. Sono in eccezione costoro: e quando il pegno, che gli si tolga, formi tutto il loro avere, non si permette, che quello per intero si distrugga, e si vuole che se ne lasci tanto, quanto basta a farli sostentare, acciocchè non periscano. Così è del padrone che diede la libertà, e della sua moglie e figli: del donante che è convenuto in forza della donazione: del soldato bene-

C 2

me

(1) L. 15. §. in vendit. C. §. hic quoque D. de re iudic.

(2) L. cum proponas 9. Cod. de ben. aut. ind. poss.

merito del pubblico: di colui *che bonis cessio* (1), e di altri. Tutto questo vale per chi ha, e può esser pignorato. Chi poi non ha, fu obbligato una volta a restare addetto in servitù al suo creditore (2): ma nei secoli più colti non soggiacque a questo infortunio. Scrisse dei tempi tuoi Ulpiano: *ob aes alienum servire liberis creditoribus, iura compelli non patiuntur* (3); Ed in fatti chi deve, è obbligato al debito, ma non alla servitù. E quantunque il debitore, che non ha, si possa detrudere nelle carceri, fino a che non paghi, o non ceda ai beni (4), pure voglion le leggi, che nelle carceri allora si alimenti; e chiamano ingiurioso colui, che impedisce *victum, vel stratum in carcerem inferri* (5).

Questa è la moderazione, con cui bisogna che si animi la forza civile, nella esecuzione della cosa giudicata, perchè vada in regola, e non ecceda.

Or tutte le cose rammentate, che mettono in buon essere il giudizio, sviluppandosi a par-

non è richiesta, visto: al te

(1) L. patronus D. de re iudic. l. qui ex donatione D. de donat. l. inter l. is quoque D. eod. l. miles. l. item milites D. de re iudic. l. 4. D. de cess. bonor.

(2) Leg. 12. tab. ap. Agell. lib. 20. cap. 1.

(3) L. 12. D. de obl. & aff.

(4) L. 1. Cod. qui bon. ceder. pass.

(5) L. 34. D. de re iudic.

te a parte secondo il bisogno , presentano que-
gli , che diconsi atti giudiziarij , i quali proce-
dendo l' un dopo l' altro ordinatamente , e cia-
scheduno al suo luogo e tempo , fanno sì , che
il giudicato sia valevole , e non ingiurioso per
alcuno . Gli atti poi così sistemati , e posti in
tela , vegon chiamati dai nostri *processo* , e dagli
antichi si dissero *ordine* , o vero *forma giudi-
ziaria* (1) . Or questo *processo* , o sia *ordine* , o
forma giudiziaria , nell' esterno delle solenni-
tà , e del suo rituale , ha diversificato bene spes-
so , secondo i tempi , ed il genio delle nazio-
ni , che lo hanno adottato . Per la qual cosa ;
comechè nella sostanza abbia sempre conserva-
te le regole dirette a rinvenire il giusto ; nel
modo poi da svilupparsi si è dato a vedere ,
ora più in accorcio , ora più in disteso , spes-
so più , spesso meno ricercato nell' ordinazio-
ne degli atti . Si è badato dippiù a tenersi con-
to in esso del luogo proprio benanche , dove
celebrarsi gli atti stessi ; del tempo per quelli
destinati ; e delle persone credute atte al disim-
pegno . Sappiamo un Areopago in Atene , un
Foro in Roma , e tanti altri luoghi consecrati
all' amministrazione della giustizia . Dionigi d'A-
licarnasse , ci dà notizia della istituzione del Tri-
bunale nel foro Romano , fatta da Romolo , col
disegno di vie più imporre sugli animi nel

(1) Tacit. lib. de orat. Cod. III. VIII.

tempo del giudizio (1). Abbiamo appreso, che Numa Pompilio, il quale fissò il Calendario Romano, portò il destino anche a quei giorni, nei quali si potesse giudicare (2). In altri tempi si opinò poi diversamente. E sotto Carlo Magno era lecito il render giustizia in tutti i giorni dell' anno, ancorchè fossero festivi, nei quali non si incontrò riparo di dar la gente a queste applicazioni (3). Sempre poi ai giudizj hanno assistito persone subalterne, in parte addette alla formazione degli atti, ed in parte destinate all' esecuzione del giudicato.

In quanto alla tessitura del processo *formulario*, se si riguardano le antiche istituzioni de' Romani, si ammira una, quantunque ricercata, però non sempre soverchia scrupolosità di agire. Vi furono uomini sagacissimi, che la inventarono, col disegno, è vero, di giovare a loro stessi, ma colla condotta ancora di adattarsi ai tempi, e rendere ben servito il pubblico. Si osserva spesa dell' applicazione non ordinaria a far precedere varj atti di preparazione al giudizio. Quì la licenziosa vocazione *in jus*, la scrupolosa impetrazione dell' azione, il pericolo dell' intenzione di quella, il solenne della contestazione della lite, ed altro. Poi si vede
fat.

(1) *Halicarnass. lib. 11. pag. 99.*

(2) *Macrob. Saturnal. 1. cap. XIII.*

(3) *LL. lib. 11. tit. 30. l. 2.*

fatto passaggio al giudicare, colla distinzione di causa da causa, e col non farsi tutte, e sempre degne dell' esame del magistrato, ma con lasciarsi il più di esse alla cognizione dei giudici, legati però a non uscir dalla commessa e dai limiti della formola ricevuta. Dopo il giudizio si trova richiamata di nuovo l' applicazione del magistrato, di ordine del quale dovea seguire tutto l' occorrente per la esecuzione. Non in tutte le cause poi si vede proceduto ordinariamente, ed in alcune si sente un procedere sommario. Nè una sola sorta di giudici si vede in azione, e dal merito di quello, che era in controversia, si scorge regolato l' indirizzo della commessa. Tutti i formularj si osservano in seguito banditi ai tempi di Costantino, e di Giustiniano. Fu questa una prudente risoluzione; ma diede un crollo all' antica disciplina legale, perchè fece perdere la traccia ad intendere tutte quelle eccellenti cose, che si contenevano nei comentarij antichi, e nelle vecchie tavole, poi disprezzate, e che non avendo da quel tempo sopravvissuto, impediscono oggi il retto intendimento di buona parte del gius civile, e degli avanzi delle cause additate dai giurisperiti.

Se poi si riguardano i secoli posteriori, si vede il processo civile, malgrado l' abolizione delle formole, impegnato, ed avvolto in altri involuppi. Vi furono i secoli della barbarie, quando le poche scienze, che superavano, erano custodite dai soli chierici: vi fu il tem-

po, in cui l'ordine intero chiesastico professò privatamente il gius Romano, e nelle curie portò innanzi il processo alla Romana foggia. Si piantò allora uno stile di procedere, e di giudicare pieno zeppo di clausole, proteste, riserve, ed altre eterne sottigliezze, ammirate, e non corrette dai laici, che niente sapevano. Contemporaneamente però nei luoghi, dove altra legge si professava, camminava un altro processo alla moda barbara, introdotto specialmente dai Longobardi, che più di tutti fissarono le loro dominazioni nel Regno Italico. Avvezzi questi popoli a farsi giustizia prontamente, non entravano in molti intrighi, e declinavano da tutto quello, che sapeva di formalità, e di lungherie. Nei giudizj di costoro si vede atteso assai più ad assicurare l'esecuzione del giudicato, che a stabilire i solenni, che lo accompagnassero. Di qui uno stile assai semplice, e spedito; e l'invenzione di scritture esecutive, non suscettibili di lunga contesa.

Dopocchè poi dappertutto prese di nuovo piede il gius Romano, essendosi contemporaneamente pubblicate le collezioni del gius pontificio, nelle quali molto erasi scritto sopra i giudizj, nacque una nuova specie di processo, partecipante di diritto civile, e canonico, che cominciò a dar essere a quello, di cui tuttora si veggono le istituzioni. Nel regno di Napoli però Federigo secondo par, che avesse voluto rendersi singolare, con introdurre una particolare processura, la quale non in tutto seguis-

43
se i principj civilisti ; e tenesse anche dietro alle costituzioni barbariche . Si vede colle leggi di questo Monarcha dettata una formola di agire , che stando in mezzo all' una , ed all' altra legislazione , richiamava in parte le lusingherie del *gius Romano* , ed in parte frenava la precipitanza del Longombardo . E da queste costituzioni riconosce l' origine quel processo , che accresciuto poscia dai riti della G. C. della Vicaria di Napoli , e dalle dotte prammatiche sanzioni dei Re Aragonesi , venne a dirsi processo privativo del foro Napolitano . In esso han sempre poi contribuito altre leggi posteriori , le prammatiche del 1727 , e del 1738 , e la seguente ragion diplomatica , gareggiando ognuna di portarlo a gradi più alti di perfezione .

Or la scienza ben acquistata di tutti questi modi di agire è quella , che più di ogni altro costituisce , ed affonda un ottimo giuriconsulto , tanto più se si determini all' avvocazion delle cause . Disse bene un grave autore , nel parlar dell' utile , che si ritrae dallo studio della giurisprudenza , antepoendo a tutte le parti di questa nobile disciplina , quella , che tratta dei giudizi , e del modo ordinato a far le liti , come quella , che è ad *usum vitamque hominum aptior , atque opportunior* (1) . Già egli intendeva parlare dell' arte del foro , appresa per principj , ed

elcr-

(1) *Carol. Sigon. in Epist. dedio. ad lib. de ind.*

21. 403

esercitata con regola sul sistema legale , e non già di quella pratica forense nuda e secca, piena di materialismo , che non fa onore a chi professa di essere giuriconsulto. *Quod appellamus praxim*, soggiungeva Giovan Fabro , *non est nuda & circumforanea praxis, cuiusmodi est procuratorum forensium, sed iuris scientiam applicare negatilis* (1). Ed il gran Cicerone, non veggendo come potesse figurare nel foro un Avvocato, non fornito di questa perizia , dimandava : *quod tandem est os illius patroni , qui ad causas sine ulla iuris scientia audeat accedere* (*Cic. de orat. lib. II*).

Ma è degna ben anche di un ottimo giudice la scienza di questa sorta di pratica forense , dovendo egli stare a giorno della correlazione , che hanno fra loro le parti del processo, per ben governarsi nel disimpegno del suo nobile ufficio. Ai tempi di Cicerone medesimo bisognò, che vi fossero dei magistrati poco istruiti del rendere giustizia ordinatamente. Doveano essi prendere ad prestito queste cose dagli apparitori , e dai scrivani , ben intesi della parte materiale del processo. Sicchè Cicerone , facendone loro una imputazione , avea a vile quella miserabile dipendenza , e protestava : *animadverto quosdam in magistratibus ignoratione iuris sui , tantum sapere , quantum apparitores velint* (2).

Con-

(1) *Ioan. Fabr. ad §. 3 instit. de leg.*

(2) *Cic. ap. Sigon. de ant. iur. civ. Rom.*

Conduce finalmente la cognizione del processo civile a sempre più scorgere i difetti delle giudicature, ed a scoprire quei piccioli nei, che oscurano il nitido corso della giustizia. Dopo tante vicende, che il processo civile a' subito, e ad onta delle replicate sue correzioni, e riforme, non è, che non possa sempre meritare altre emende, anche in riguardo alle condizioni dei tempi, che mutano, ed ai nuovi sistemi politici, che sopravvengono. Le leggi civili cambiano cogli uomini, e non in tutti i tempi, e a tutti i popoli si può imporre con un linguaggio solo. Nel foro Napolitano specialmente, malgrado le tante cure che i legislatori han lasciato dietro la formazione del processo, è maraviglioso il vedere, come, quanto più le cause vogliano abbreviarsi, tanto più si allungano, con vederli fallire tutti i mezzi, che si credono efficacemente apprestati. I naturali nel voler contendere, si atterriscono dalla lunghezza del tempo, che debbono durare, e dal capitale della spesa, che mettono al cimento. Gli esteri si rendono ammiratori di questo procedere, ed o lo credono vizio della legislazione, o difetto di chi va ad eseguirla. Non vi è chi non aneli un progetto, che più fedelmente risponda al fine desiderato.

Or l'impegno appunto di arrivare a tutti gli indicati oggetti, e di servire alla pubblica utilità, è quello, che avendo animato un professore, addetto al foro Napolitano, lo ha rivolto all'applicazione delle cose tutte, che in

varj tempi, hanno appartenuto al processo civile. Egli a' immaginato di presentare al pubblico una sua non lieve fatica, in cui sia posto a giorno cronologicamente quello che del processo civile si è scritto, e si è eseguito dai tempi antichi fin oggi, col titolo di *memorie istoriche del processo civile*. Ecco il sistema, che egli si è prefisso. Ha voluto cominciare dai Romani, dacche fra tutti gl' Imperi, e le Repubbliche, che sono state in piede dacche il mondo è mondo, per consentimento universale di tutte le genti, la Romana ha figurato principalmente per merito, e per nobiltà. Ha egli diviso poi il suo lavoro per modo, che in cinque dissertazioni dia conto di tutto ciò che si è proposto. Nella prima dissertazione hà avuto in oggetto il processo civile degli antichi Romani, dettato da quelle leggi, che furon fonti di tutto il pubblico e del privato diritto, e modificato alquanto dagli editti pretorj, e dalla interpretazione. Nella seconda si è egli affaticato sul processo Romano, giusta le costituzioni de' principi. Nella terza dissertazione ha impreso a scoprire il processo barbaro dei popoli, che assoggettarono il Romano Imperio. Nella quarta ha voluto esaminare, come il processo civile restò piantato nel foro, quando le leggi Romane si refero di bel nuovo universali, e si trovò nelle Curie l'uso di giudicare secondo i sacri canoni. Nella quinta dissertazione finalmente hà creduto di presentare il processo civile tutto proprio, e privativo di Na-

poli, che si cominciò da Federico II, si accrebbe
 dai riti della gran Corte della Vicaria, e si per-
 fezionò dalle prammatiche sanzioni dei Re Ara-
 goneſi, e poſcia da tutta la ragione diplomati-
 ca venuta in ſeguito, e dalle altre prammatiche,
 ſpecialmente del 1727, e del 1738.

*Favete, adeste aequo animo, & rem cognoscite,
 Ut pervenſatis, sequid ſpei ſit reliquum.*



[The page contains extremely faint, illegible text, likely bleed-through from the reverse side.]

47

DISSERTAZIONE I.

DEL PROCESSO CIVILE ANTICO ROMANO.

CAPITOLO I.

Del processo civile Romano sotto i Rè.

Roma nei primi tempi ebbe i Re per magistrati suoi ordinarij, ed in essi ritrovò l'esercizio della giurisdizione, e dello imperio (1). Si vivea allora senza legge scritta, e senza un certo sistema di diritto, per cui il tutto si guidava dai Rè, i quali ora coi decreti dirimevano le controversie, ora cogli editti supplivano la legislazione (2). Aggiun-

(1) *Urbem Romam ab initio Reges habuere.*
Tacit. annal. l. 1. 1.

(2) *Initio civitatis nostrae populus sine lege certa, sine iure certo primum agere instituit; omniaque manu gubernabantur a Regibus. Pompon. L. 2. princ. D. de orig. iur.*

gevasi a questo la forma del governo, indotta da Romolo, il quale, dopo essere stato proclamato Re, ebbe in grado di riscare dalla potestà sua alcune delle regalie, e comunicarle col Senato, e colla plebe: ma non volle giammai allontanare da se l'amministrazione della giustizia (1). Anzi vi fu uno statuto, che dagli eruditi, fra le antiche leggi regie, viene allo stesso Romolo attribuito, col quale al Re fu data privatamente la cura dei giudizi (2). Su questo piede si tenne fermo, non solamente sotto Romolo, ma sotto gli altri Re ancora, per circa due secoli. Il fatto rapportato da Livio del terzo degli Orazj, vincitore dei Curiazj, ed uccisore della propria sorella, comprova anche sotto Tullo Ostilio il giudicare dei Re; coll'osservarsi quivi l'Orazio perduelle, tratto in gius *ad regem* (3). Dello stesso Livio si da a vedere il giudizio ordinario dei Re, anche in osservanza ai tempi di Tarquinio Prisco, leggendosi, nell'occasione della morte di costui, una

(1) *Omniſque iuris, quod vel natura dictat, vel tabulae ſanciunt, curam ageret*: parlando di Romolo Dionigi d'Alicarnasse lib. 11. pag. 87.

(2) *REX IUDICIA EXERCETO*. Lips. de leg. Rom. n. 4.

(3) *Atror viſum id facinus patribus, plebi- que: ſed recens merisum factu obſtabat: tamen raptus in ius ad regem*. Liv. lib. 1. cap. X.

arringa, tenuta dalla Regina Tanaquille, con cui si fece ella ad esortare il popolo, perchè si recasse ubbidiente a Servio Tullio, che faceva le veci del Re, ed amministrava giustizia (1). Consuona con Livio Dionigi d' Alicarnasse, il quale assicura, che per tutto il tempo dello stato monarchico, fu sempre in Roma presso il Re l'esercizio della giurisdizione, dal regio arbitrio furon definite le liti, e quello che essi giudicavano, si avea per legge (2).

I Rè spiegavano la loro giurisdizione, o col far decreti, o col dare giudici, egualmente che poi accadde nei magistrati repubblicani; essendo entrambe coteste facoltà insite nella giurisdizione, per la forza del misto impero, che a quella è congiunto. Certamente di Romolo abbiamo, che riteneva sotto la sua decretazione le cause civili le più momentose, e le meno gravi le faceva giudicare dai Senatori, con avvertire, che essi non uscissero dal diritto che egli loro prescriveva, e dalla formola di giudicare, che loro dettava (3). Nel-

D

la

(1) *Interim jubere populum audientem esse, cum jura redditurum, obiturumq. alia regis munera. Liv. lib. 1. cap. XVI.*

(2) *Olim quamdiu regnatum est in urbe, regum arbitrio dirimebantur lites, & quod iustum illi iudicassent, id pro lege erat. Alicarnass. lib. X. pag. 627.*

(3) *Leviorum vero causarum notionem senatorio.*

la legislazione di Numa troviamo menzionati i giudici, e gli arbitri (1); che confermano l'idea allora del loro essere. E poi sotto Servio Tullio leggiamo nitidamente scritto da Dionigi, che, laddove prima alcune soltanto delle cause private si passavano dai Rè alla nozione de' giudici, vi fu poi un sistema di novità indotto da Servio Tullio medesimo, con istabilirsi, che tutte le cause tra privati, fossero gravi, fossero leggieri, dovessero essere conosciute dai giudici: Ed a questi giudici fu detto di essere obbligati ad ubbidire alle leggi della commessa, e a non uscire dai limiti della formola (2). E da ciò intendiamo quello, che

Ul-

toribus permetteret, ita tamen ut haberet, ne quid interim in iudiciis peccaretur. Halicarnass. lib. 2. pag. 87.

(1) *Numa in secunda tabula, secunda Lege, in qua scriptum est, QUID HORUM FUAT UNUM IUDICI, ARBITROVE, REOVE, EO DIE DIFFENSUS ESTO. Fest. voc. reus.*

(2) *Cum enim priores reges ad se revocarent iudicia omnium litium, & de omnibus criminibus, tam ad privatas iniurias, quam ad rem publicam pertinentibus, suo more decernerent, ille separavit haec, laesaeq. reipublicae criminum se fecit iudicem, privatarum personarum querelas ad alios legavit iudices, quibus leges a se conditas, seu limites, ac regulas praescripsit, quas sequerentur in iudiciis. Halicarnass. lib. IV. pag. 228.*

Ulpiano viene a dirci, allorchè, attribuendo ai magistrati urbani la facoltà di dare i giudici, in forza del misto impero, la ripete dal costume de' maggiori. Appunto egli vuol riportarsi ai Consoli, e prima di essi ai Rè, che colla giurisdizione ebbero la facoltà, o di decretare, o di dare giudici. Che se noi volessimo alzare maggiore indagine sù questo costume dei maggiori, additato da Ulpiano, per vedere, come in Roma fu quello introdotto, potremmo essere non inconseguenti nel credere, che dagli Ateniesi lo presero ad imprestito i Romani. Ci assicura spesso Dionigi, che in Roma la più parte delle cose, riguardante l'istituzione del governo, ed il sistema politico, si organizzò sul fare, e sù gli andamenti Ateniesi. In Atene, al riferir di Aristotele, nei primi tempi i rè univano nelle loro persone le somme tutte delle cose, e giudicavano ancora delle liti (1). Pur tutta volta però avvertono bene gli eruditi, sulle tracce dello storico Polluce, che non di rado uscivano fuori delle delegazioni agli amici regj, e si scioglievano delle commesse per le cause private (2). Sicchè potette essere quì in origine il costume di commettere quello, in cui i Rè non volevano dar per se stessi conoscere. E' celebre nel ramo

D 2

dei

(1) *Arist. polit. lib. III. cap. X.*

(2) *Carol. Sigon. de Republ. Athen. lib. I. cap. III.*

dei giudizj criminali la commessa testè rammentata, fatta da Tullo Ostilio ai Duumviri per la condanna di Pubbio Orazio. E costa da Livio, che una tal mossa nacque da spontanea risoluzione del Rè, il quale non volle aver parte nel giudicare di quell'atroce misfatto (1). E' degno però di avvertenza, che queste commesse, le quali dai Rè si facevano, come anche le scelette tutte dei giudici, introdotte da Servio Tullio, non caddero mai, se non sulle persone Senatorie. Egli è sicuro, che prima della Legge Sempronia, pubblicata nel 630 di Roma, la facoltà di giudicare non uscì mai dall'ordine dei Senatori, tranne solamente alcune delle cause tra i plebei, che poi per abuso si disbrigarono dai Tribuni della plebe.

Questa giurisdizione, che dai Rè si esercitava, nel tempo di qualche loro assenza da Roma si commetteva, *mandabatur* al prefetto della città, il quale allora non era magistrato, ma un semplice delegato del principe; in fatti non riconosceva il suo essere dal popolo, di cui era proprio il creare i magistrati, ma veniva nominato dal Rè, qual suo vicario. La facoltà di commettere la giurisdizione, e con essa

(1) *Rex, ne ipse tam tristis, ingratiq. ad vulgus iudicii auctor esset, concilio populi advocato; Duumviros inquit, qui Horatio perduellionem iudicent, secundum legem, facio Liv. lib. .*

essa il diritto o di decretare, o di dar giudici, anche da Ulpiano si ripete dal costume dei maggiori (1); e vuole egli riferirsi ai Rè, dai quali trassero origine tutte quelle cose, che poi vennero a competere ai magistrati. Tacito nettamente ci dice, che nella partenza dei Rè, e poi dei magistrati Romani, acciocchè la città non restasse senza governo, venivano scelte delle persone, che rendessero giustizia; specificando, che da Romolo fu nominato un tal Dentre Romulio, da Tullo Ostilio Numa Marzio, e da Tarquinio il superbo Spurio Lucrezio (2): E Tito Livio, anche come mandatario di giurisdizione del rè Tarquinio Prisco, porta Servio Tullio, pria che ascendesse al trono (3). Nel tempo poi dell'interregno la giurisdizione, e le funzioni regie, unite a tutti gli altri onori, andavano ad incontrare la persona dell'Interregno, magistratura, la quale girava attorno per gli Senatori, colla durata di non più che cinque giorni per ciascheduno (4).

D 3

Ol-

(1) Leg. 1. §. 1. D. de offic. eius cui mand. est iurisd. l. 5. D. de iurisd.

(2) Tacit. annal. lib. 6. cap. 11.

(3) Liv. lib. 1. cap. 41.

(4) *Decem imperitabant: unus cum insignibus Imperii, & lictoribus erat: quinque dierum spatium finiebatur Imperium, ac per omnes in orbem ibat. Liv. lib. 1. cap. 7. Halicarnass. lib. 11. pag. 119.*

Oltre ai Rè, al prefetto della città, ed allo Interrè, niun altro allora in Roma esercitava giurisdizione. Nè vi erano, ne potevano esservi altri magistrati, ai quali per diritto di magistratura quella competesse. Il Tribuno dei celeri non era magistrato, mà un capo di soldati, che rifletteva il solo ramo militare, e non prendeva parte negli affari politici (1). Il Questore altra incombenza non avea, che quella di badare al pubblico erario (2). Solamente dei Pontefici è da dire, che avessero giurisdizione sulle cause appartenenti alle cose sacre; o che queste riguardassero l'interesse dei soli sacerdoti, o che si riferissero anche alle persone private (3). Questi sacerdoti furono istituiti da Numa al numero di quattro (4); e formarono collegio. Il primo tra loro chiamato pontefice massimo, che nei comizj tributivi veniva fra loro stessi eletto, giudicava in prima istanza, e dai suoi decreti si appellava
al

(1) *Halicarn. lib. 11. pag. 86. l. 2. §. 15. D. de orig. iur.*

(2) *Tacit. annal. XI. 28. 4. l. 1. D. de offic. Quaest.*

(3) *Pontifices summa auctoritate praediti, nam omnes lites sacras iudicant, inter privatos pariter, & magistratus, ac sacrorum ministros. Halicarnass. lib. 11. pag. 132. Cic. de Harusp. c. 7.*

(4) *Halicarnass. lib. 1. pag. 73.*

al collegio. Essi non riconoscevano suggezione nè al senato, nè al popolo; ma ciò non ostante dal giudicato del collegio si poteva al popolo provocare (1); imperciocchè allora non si avea per attaccata la personalità loro inviolabile, ma solamente la loro sentenza, e si sentiva chiamato in riesame il merito della causa (2).

Nel rendere giustizia in Roma i Rè, si lasciavano condurre nel *foro*, cioè nella piazza la più grande, detta *foro*, a *ferendo*, per quando dava luogo ai mercadanti a smaltire le merci, e da *fando*, per quando serviva al trattamento delle cause, come avvertono gli etimologisti. Questo foro nei primi anni restava nel distretto del monte palatino, e non comprendeva della molta larghezza, perchè era corrispondente al numero degli abitanti, ed ai negozj di allora. Dopo che poi, sotto la guida di Tito Tazio, passarano ad abitare in Roma i Sabini, e venne quindi ad ampliarsi il recinto della città, fu di mestiere, che si pensasse ad altro, per dar comodo ai negozianti, ed ai curia-ri. Chiamò l'attenzione di Romolo, e di Tazio quel tratto di terra, che frammezzava l'uno, e l'altro colle, e che presentava una valle tetra, ed impedita da cespugli, e da acque stagnanti: ed in questo luogo, non degno di

D 4

cf.

(1) Liv. XXXI. 9.

(2) Halicarnass. lib. II. p. 134.

essiere abbracciato nel chiuso di una città disegnata alla grande, venne fatto ergere un piano bene orizzontato, e restò stabilito il foro (1). La figura, che si serbò nell' eseguire quest'opera, e nel limitare il piano, non fu quadrata alla foggia dei Greci, ma bislunga, come assicura Giusto Lipsio sulle tracce del Vitruvio (2). Or questo foro di una ampiezza straordinaria, e cinto all' intorno di grandiosi portici, fu poi sempre all' impiede col nome di foro Romano (3), o di foro Latino (4), o di foro antico (5), o di foro magno (6), o col nome semplicemente di foro, che, a distinzione degli altri poscia costruiti, venne per eccellenza a ritene-

(1) *Idem planitiem Capitolio subiectam, excisa sylva, & stagno, in quod propter loci cavitatem, multae e vicinis montibus aquae confluebant, terra congesta repleto, in eius, quod nunc est, fori usum vertere. Halicarnass. lib. II. pag. 115.*

(2) *Lips. de magistr. Rom. lib. III. cap. VII.*

(3) *Stabant romano pila Sabina foro. Propert. IV. 4. 13.*

(4) *Qua prior in latio non fuit ulla foro. Ovid. trist. IV. 4. 5.*

(5) *Perque viam sacram in vetus forum deferunt. Erodian. IV. 2. 8.*

(6) *Et tenet in magno templa discata foro. Ovid. fast. III. 704.*

tenere (1). Alcuni lo dissero anche palladio dal tempio di Pallade, fabbricato nella sua aia, dove col tratto del tempo vennero ancora innalzati altri sontuosi edifizj, furono fabbricate le basiliche, vennero situati i rostri, fu disegnato il comizio, ed altro, che andando innanzi in quest' opera, sarà annotato.

Nella piazza adunque del foro si rendeva giustizia dai Rè, i quali nel giudicare montavano sul tribunale, nel foro stesso elevato fin dal tempo di Romolo (2). Per tribunale è da intendere un piano elevato di tavole, a figura quadrata, di ampiezza capace a contenere la sedia curule, dove era affiso il Rè, ed a dar luogo a coloro, che attorno al Rè assistevano al giudicato (3). Per tutto il tempo del Rè, ed anche per qualche secolo dopo, il tribunale in Roma non fu mai coperto al di sopra, e restò sempre *sub dio*, come fu disegnato da Romolo, tenendo forse dietro agli
usi

(1) *Nunc in quo ponis tempora rara forum.*
Ovid. de pont. l. 8. 65.

(2) *Cumque homines timore maxime a maleficiis deterri posse cereret, multa in eum usum paravit, tribunal ad ius dicendum in loco fori constituto, Satellitii CCC. militum terribilem faciem, virgas ac securas praelatas a duodecim libris, qui flagra meritos cadebant in foro.*
Halicarnass. lib. 11. pag. 99.

(3) *Vedi Pellet. Hist. fori lib. 1. cap. VI.*

usi Ateniesi, presso i quali le cause si giudicavano a cielo scoperto (1); onde *lites subdiales*. Anche dai Greci si dovette regolare la frase, che spiegava l'atto di rendere giustizia, adombrandosi questo col *sedere pro tribunali*, e facendosi servire il *pro* alla greca, per lo *in*, e per lo *ante*. Allora d'intorno al tribunale non eravi altro, che uno steccato di tavole, il quale impediva, che la gente si affollasse, e dalla parte dell'ingresso avea una scalinata, chiusa da cancelli, dai quali poi gli scrivani furon detti *Cancellarii* (2). Le banche per gli giudici, i tavolati per comodo dei litiganti, e dei testimonj, e tutto il resto del forense arnese, che poi venne sotto il nome di *instrumenta fori*, fu introdotto nei tempi posteriori (3).

Tutti i giudizj venivano dai Rè disbrigati, sedendo sulla curule, con la *trabea* addosso, e con in mano l'asta (4). Il tutto regolato sul fare degli Etrusci, e sul costume senza meno portato da Alba longa. L'asta detta *corim* dagli Albani, e dai Sabini *quirim*, diede anche
il

(1) *Carol. Sigon. de republ. Athenien. lib. III. cap. II.*

(2) *Pollet. Hist. for. lib. V. cap. X.*

(3) *Vedi Pollet. Hist. for. lib. 1. cap. VI.*

(4) *Per ea tempora reges hastas pro diademat habebant, quas Graeci sceptrum dixere. Iust. XLIII. 3. 3.*

il nome a Romolo di *Quirino* (1). La sedia curule da Livio nettamente si dice di rito Etrusco (2): e la *trabea* si ascrive da Plutarco a Romolo, e da Virgilio si confessa di istituzione Latina (3). Assistevano al tribunale, ed al Rè che giudicava, non solo i 300. celeri, formati da Romolo, che guardavano la sua persona, ma anche dodici littori coi fasci, e colle scuri, che faceano rispettare, ed eseguire il giudicato. Dei littori è detto da Livio, che furono istituiti sull' esempio degli Etruschi, anche in considerazione del numero di dodici (4). Essi quando erano in marcia col Rè, *anteibant*, camminando l' un dopo l' altro; onde *primus lictor, proximus lictor* (5): *submovebant*, facendo far largo al Rè che

(1) *Sive quod hasta quiris priscis est dicta Sabinis.*

Ovid. fast. II. 477.

(2) *Me haud poenitet eorum sententiae esse; quibus & apparitores, & hoc genus ab Etruscis finitimis, unde sella curulis Liv. I. cap. IV.*

(3) *Et sellam regni, trabeamque insignia nostri. Virgil. Aeneid. II.*

(4) *Numerum quoque ipsum datum placet: & ita habuisse Etrascos, quod ex XII. populis communiter creato rege, singulos singuli populi lictores dederint, Liv. lib. I. cap. IV.*

(5) *Cum obviam filius progrediretur, lictoresq. verecundia maiestatis eius taciti antirent. Liv. XXIV. 44.*

che passava (1); ed *animadvertēbant*, imponendo a tutti, che rendessero gli onori dovuti al Rè medesimo, i quali erano il denudarsi il capo, il calare da cavallo, il deporre le armi, ed altro (2). Oltre a ciò, essi attorno al tribunale prendevano gli ordini, per eseguire il giudicato, catturavano, e legavano le persone loro additate (3): *Lege agebant* nelle cause criminali sopra i cittadini Romani, che si facevano degni di esser percosi colla scure; onde alcuni gli han detti poi *littores*, quasi *legis actores* (4): E nelle cause civili eseguivano colla forza quello, che della forza abbisognava, come il rovesciare l'innovato nelle cause di nunciazione di opere, ed altro. A buon conto erano la forza armata della giustizia. Essi erano uomini liberi, e potevano cavalcare ogni sorta di magistratura (5).

Oltre ai littori, assistevano al tribunale, anche gli apparitori, i quali da Livio parimente dagli Etrusci si ripetono (6). Per apparito-
ri,

(1) *Repente strepitus ante curiam lictorum submoventum auditur. Liv. VIII. 33.*

(2) *Ut Consul animadverteret proximum lictorem inscit, & is ut descenderet ex equo.*

(3) *I lictor, colliga manus Liv. I. X.*

(4) Vedi l'antitesi appo Cicerone fra il littore ed il carnefice. *Cic. Verrin. V. 45. E pro Rabir. perduell. reo C. 3. 4.*

(5) *Liv. II. 55. Cic. in Pison. C. 23.*

(6) *Liv. lib. I. cap. IV.*

vi, nome generico, si diedero poscia ad intendere gli *scrivani*, i *viatori*, i *preconi*, gli *statori*, e gli altri dipendenti dal cenno del magistrato, ed intenti ad eseguire i loro detti. Il registrare gli atti, il chiamare in giudizio i litiganti, l'avvisare i testimonj, il proporre gli editti, il notificare agli assenti, ed altro, concernente al disbrigo del processo, erano le incombenze, alle quali queste persone si rivolgevano. Gli *apparitori* furono da prima uomini liberi, ma poi furono liberti di quei magistrati, *quibus apparebant* (1).

Non in tutti i giorni poi dell'anno si rendeva giustizia, ed anche allora era in costume di mettere in eccezione taluni determinati tempi, dedicati all'ozio, ed al silenzio forense. Sotto Romolo questo affare non era ancora ben diretto. Allora l'anno correva per dieci mesi alla latina, e cominciava dal mese di marzo, per essersi creduto Marte il genitore di Romolo (2). In ogni mese poi, tranne le calende, le none, e gli idi, anche di Romulea istituzione (3); niente altro era rimarcato circa la diversità de' giorni e delle funzioni. Vi erano nel corso dell'anno del giuochi delle ferie, delle feste, che divertivano gli animi dai negozj, e dalle cure
del

(1) Vedi Pollet. *Histor. for. lib. V. cap. 12.*

(2) *A te principium romano ducimus anno Primus de patris nomine mensis erit.*

(3) *Macrob. Saturnal. 1. cap. XV.*

del foro: ma non ancora si era aperto un sistema certo e costante, che portasse periodicamente il destino ai tempi, ed alle giornate. Numa Pompilio, fu il primo, che fissò il calendario Romano, colla indicazione dei giorni, e delle funzioni proprie di ciascun giorno.

Primieramente egli aggiunse all' anno due altri mesi sul piano dei Greci; e questi due mesi chiamò gennaro, e febraro. Cominciò a contare l' anno da gennaro, detto così dal Dio Giano suo special protettore, e finì a febraro, denominato dal Dio Februus, nume della espiatione (1). Cosa la quale fu poi dai Decemviri corretta, situandosi febraro nell'ordine appresso a gennaro, come corre tuttavia (2). Dopo fatto l' anno di mesi dodici, distinse Numa Pompilio tutti i giorni dell' anno in *festi*, *profesti*, ed *intercisi*: I giorni *festi* erano dedicati al culto, e si consumavano in sacrificj, in banchetti, in giuochi, ed in ferie. I *profesti* erano destinati agli affari, ed ai negozj civili, e si distinguevano di nuovo
in

(1) *Sed tamen antiqui, ne nescius ordinis erres, Primus ut est Iani, mensis & ante fuit. Qui sequitur Ianum veteris fuit ultimus anni.*

Ovid. fast. II. 49.

(2) *Postmodo creduntur spatio distantia longo Tempora bis quini continuasse viri.*

Ovid. fast. II. 55.

in *fasti*, *comiziali*, *comperendini*, *stati*, e *praeliari*. Gli *intercisi* finalmente, in parte erano occupati nel disimpegno del culto, ed in parte ammettevano il trattamento dei negozj e dei pubblici affari; lo che accadeva o prima, o dopo il sacrificio (1). Per quanto riguarda il foro, a questo corrispondevano i giorni *fasti*, nei quali era lecito *lege agere*, i *comiziali*, nei quali si poteva *lege agere*, e trattar col popolo, i *comperendini*, che erano anche *fasti*, perchè giorni di cognizioni, e gli *stati*, nei quali si trattavano le cause dei cittadini coi forestieri; da che fra costoro non *comperendinebatur*, ma *condicebatur* (2). Or gli giorni *intercisi* in tutto il corso dell'anno erano al numero di sessantacinque, e nel Calendario si segnavano colle lettere E. N., cioè *endorciseos*. I giorni *fasti*, segnati nel calendario colla lettera F. ascendevano al numero di trentotto. A questi aggiungendo i *comiziali*, in cui, se non si te-

ne-

(1) *Numa, ut in menses annum, ita in dies mensem quemq. distribuit, diesq. omnes aut festos, aut profestos, aut intercisos vocavit. Illis insunt sacrificia epulae, ludi, feriae. Profesti dividuntur in dies fastos, comitiales, comperendinos, statos, & praeliaries: intercisi in se, non in alia dividuntur; illorum enim dierum quibusdam horis fas est, quibusdam fas non est ius dicere. Macrob. Saturnal. 1. XVI.*

(2) *Macrob. dict. loc.*

nevano comizj, anche si regeva tribunale; e venivano ad arrivare a 222. tutti i giorni, nei quali era aperto il foro. Il resto tutto dell'anno era di giorni *nefasti*, perchè *festi* (3).

In quei tempi non si adoperavano procuratori ad *lites*, ma ognuno era tenuto di andare personalmente a vederfela innanzi al magistrato, e ad assistere sempre da per se stesso. Questo certamente fu un costume uniforme a quello dei Greci, che anche non conobbero nei giurizj le procure (2). E di qui nacque poi, che divennero tanto austeri i decemviri, sino a stabilire nelle dodici tavole, che anche l'ammalato, ed il vecchio non fossero scusati dello andare in gius, e si dovessero provvedere di giumento (3). Non erano allora ancor conosciuti, e distinti i *causidici*, i *prammatici*, i *cognitori*, gli *oratori*, e tutti coloro, che poi nel foro figurarono, ed altri non si fa aver allora agito, che i *padroni*, e qualche volta anche gli *avvocati*. Romolo, per quanto avvisava Dionigi d'Alicarnasse, dietro il sistema della Grecia, e della Tessaglia, stabilì in Roma il patrocinio dei patrizj sopra i plebei, e con un tal nodo politico strinse insieme questi due ordini di natura dissomiglianti; permettendo

(1) E' da vederli *Thom. Dempster. ad Rosin. Antiq. Rom. lib. IV. cap. IV.*

(2) *Fab. lib. II. cap. XVI.*

(3) *Aul. Gell. noct. Attic. 20. 1.*

do a ciasctun plebeo, che facesse la scelta di quel patrizio, che più gli tornasse in grado (1). Le leggi di questa dipendenza caricavano a vicenda di obbligazioni i protettori, ed i protetti. I padroni eran tenuti a stare avanti ai clientoli in tutti i loro negozj, e pubblici e privati; e fra l'altro doveano supplire la loro insufficienza, nel rispondere *de iure*, e tenerli converti ad ogni spinta degli avversarj (2). I cliento'i poi dovean soccorrere alla borsa dei padroni, ogni qual volta cadessero in bisogni, e doveano alimentarli, sostenerli nelle liti perdute, equipaggiarli in occasione di ascenso a magistrature, ajutarli a dotar le figlie, e far altro (3). Per la qual cosa, non solo non era greve per gli patrizj il peso del patrocinio, ma tornava anzi giocondissimo, e si esercitava a gara (4). E questo valeva per gli padroni, nel-

Tam. I.

E

la

(1) *Commenda vit enim patriciis plebeios, optione cuique e vulgo data, ut, quem vellet, patronum sibi legeret. Mos sane Graecus, & antiquus, quo Thessali usi sunt, & Athenienses prisca. Halicarnass. L. 11. pag. 83. 84.*

(2) *Patronos oportebat clientibus respondere de iure, cuius illi rudes essent... si in ius vocarentur, sustinere accusatoris impetum. Halicarnass. dict. loc.*

(3) *Halicarnass. lib. 11. p. 83.*

(4) *Romae dulce fuit, & solemne reclusa
Mane domo vigilare, clientum promere iura
Horat. Epist. 11. l. 103.*

la intelligenza, che in quei tempi non era lecito di averne più di quattro, come non fu mai permesso prima della guerra civile di Giulio Cesare (1).

In rapporto agli avvocati poi, sotto questo nome è da intendere allora quel ceto di persone gravi, ed imponenti, le quali *advocabantur, ad fovendum dicturo causam*; per cui furon detti *superstites*, ed anche *antistites* (2). Una ragion politica persuadeva, che si chiamassero costoro ad esser garanti di quello, che trattavasi, affinchè i giudici fossero di avviso, che era sul rischio nelle di loro mani, non solamente la causa dei rei, ma quella ancora di altre persone meritevoli, che vi prendevano parte, coll'impegnare la loro avvocheria. Anche i Greci ebbero i loro *paracleti*, che giovavano *habitu, voce, vultu* (3); e ad essi unicamente è da rimontare, per ripetere l'origine di questo ragguardevole ceto di uomini, che sempre più si è renduto di profitto alla società. Nel fatto di Virginia, accaduto in Roma ai tempi dei Decemviri, si trova, che, quantunque il padre fosse uom plebeo, ed avesse bisogno di patrocinio, pure senza padroni si avviò al foro colla compagnia dei

(1) *Afcon. Paedian.* presso Sigon. *de indic. lib. II. cap. X.*

(2) Vedi *Pollet. Hist. for. lib. II. cap. I.*

(3) Vedi *Pollet.* nel detto luogo.

dei soli avvocati, mossi meno dalle grida, che dalla sua compassionevole calamità (1). E la stessa Virginia, priacchè dal campo accorresse il padre, fu sostenuta, e difesa dai soli avvocati, che si mediarono, per far differire il decreto (2).

Resterebbe ora a dire con precisione dell'ordine giudiziario, della ritualità, e dei solenni, praticati nel processo civile innanzi ai Re. Ma su questo particolare ogni curiosità, che nasce, non può essere soddisfatta, per non ritrovarsi scrittore alcuno, o antico monumento, che lo rilevi. Se non che come poterò saper oggi tutto questo, se anche i Romani di allora, e dei tempi vicini non arrivano ad appurarlo? È noto, che presso i pontefici si faceva un misterioso arcano, di tutto ciò, che riguardava azioni di legge, ed atti legittimi: e quante volte bisognava sperimentare le proprie ragioni in giudizio, o celebrar validamente contratti, altrettante volte bisognava chieder quasi ad impressito dal regno pontificio il modo di agire, e legalmente obbligarli. E' noto, che i pontefi-

E 2

ci

(1) *Cum ingenti advocacy in forum deducit. Liv. lib. III. c. XXII. His auditis, quotquot erant integris iudiciis, & iustae causae advocati, &c. Halicarnass. lib. XI. pag. 717.*

(2) *Advocati puellae, cum Virginium reipublicae causa abesse dixissent, postulant, ut rem integram in patris adventum differat. Liv. lib. III. cap. XX.*

ei, renduti anche sacri conservatori dei fasti; si mantenevano con tanta gelosia in questo possesso, che ebbe ad esclamare quel Tribuno presso Livio, di esser costretti i Romani quasi ad ignorare quello, che tutti i stranieri sapevano, cioè, che i Consoli succedessero in luogo dei Rè, e che essi aveano gli stessi diritti, e la medesima maestà, che prima nei Rè risedeva (1).

Quantunque però non si sappiano oggi precisamente i solenni, che ai tempi dei Rè correvano per lo procedere giudiziario, egli è da credere al certo, che allora si fossero scelti gli atti i più semplici, ed abbreviati, che dettavano l'amor della giustizia, e la non ancora macchiata buona fede. I legislatori certamente non lasciarono in non cale l'ordine dei giudizi, ramo creduto sempre interessantissimo nella giurisprudenza. Di Romolo abbiamo avvertito, che distogliendo da se le cause modiche, e commettendole ai Senatori, poneva mente, perchè non si peccasse nell'ordine delle cognizioni. Del suo successore Numa anche abbiain veduta una legislazione, impegnata negli oggetti medesimi

(1) *Si non ad fastos, ad commentarios pontificum admittimur, ne ea quidem scimus, quae omnes peregrini sciunt, Consules in locum Regum successisse, nec iuris, maiestatisque quicquam habere, quod non antea in regibus fuerit. Liv. lib. IV. cap. III.*

simi. E di Servio Tullio abbiain trovato presso Dionigi un codice, fabricato apposta per lo foro, da servire ai giudici per regola, onde dar camio ai giudizj. Vi fu Gajo Papirio, poi Papirio, Pontefice Massimo, ed il primo insigne giureconsulto di quei tempi, di cui sia vi memoria, che fiorì sotto il secondo Tarquinio. Costui, dopo abolito il governo monarchico, recò insieme le leggi regie, e nel libro sesto della sua raccolta riferì le leggi civili (1); tra le quali senza dubbio dovettero esservi le costituzioni per lo ramo forense. Or di questa collezione Papiriana Roma fece uso fino alla promulgazione delle dodici tavole, per quel tempo cioè, in cui le leggi regie si rispettarono, e si eseguirono col nome di patrij statuti (2). E nelle stesse dodici tavole è da dire, che non poche leggi di questa collezione, anche riguardanti l'ordine, e la forma giudiziaria, vennero ad essere inserite; da che è cosa tralatizia, che i Decemviri ebbero anche innanzi gli occhi, e tennero assai ben ragione delle leggi regie (3).

E 3

Non

(1) *Pompon. l. 11. §. 11. D. de orig. iur.* . E da vederfi l'*Einuccio hist. iur. lib. 1. §. 16.*

(2) *Halicarnass. lib. 11. pag. 97. e lib. X. pag. 681.*

(3) *Certae leges Regiae ex l. 11. 111. tab. a Fefo citantur* . Il Lipsio, parlando delle 12. tav.

Non è ancor sicuro però se in quei tempi il processo civile si scrivesse, ed ardesse in registro per futura memoria. I Greci certamente riportavano tutti gli atti civili nelle loro *antigrafe*, che poi venivano difese in casse ben condizionate, e si conservavano ai posteri (1). In Roma dunque, dove tante cose sull'esempio dei Greci si praticavano, è credibile, che anche gli atti civili si registrassero in tavole di querce, o in libri di tela (2); e si raccomandassero alla custodia dei pontefici, nei commentarj dei quali curavasi tutto quello, che andava in raccolta, e formava parte dei fatti, e degli annali (3). Gli scrivani, detti anche *commentarienses*, appunto dal registrare nei commentarj, allora non erano in gran pregio. Lo furono un tempo presso i Greci, ma dai Romani si ebbero più tosto a vile, e si riputarono tra la gente mercenaria (4); onde fu, che poi

tav. Vedi lo Scalig. in *coflagat. in Fest. ad voc. nuptias. Nam ex Halicarnasseo lib. 11. & X. constat, ex legibus Regiis, & ex moribus populi Romani multas Decemviro leges in XII. tab. transfuisse. Il Cuiacio observat. IV. 40.*

(1) *Carol. Sigon. de republ. Athen. lib. III. cap. IV.*

(2) *Halicarnass. lib. 1. p. 178.*

(3) Vedi le autorità presso il Pitisco, nelle voci *Festi, Pontifices, Annalium cura.*

(4) *Signon. de iur. civ. Rom. 11. IX.*

poi Gneo Flavio, per effer figlio di Scrivano;
 si disse *humili fortuna natus*, e per ascendere al-
 la Edilità, bisognò, che deponesse la scrittu-
 ra (1).



E 4

CA.

(1) Liv. lib IX. cap. XXXIV.



C A P I T O L O II.

*Del processo civile Romano sotto i Consoli, e
sotto gli altri magistrati colla potestà
consolare.*

AI Rè, dopo l'abolizione del governo monarchico, succedettero i Consoli, nelle persone dei quali, siccome si unirono tutti i diritti di maestà, così venne anche a concorrere la giurisdizione, e l'imperio. Questa giurisdizione fu anche da essi esercitata personalmente, adempiendo alle parti del magistrato, come aveano praticato i Rè (1). Avverte Cicerone, che essi non solamente ebbero il primato nella repubblica, e consigliarono in tutti gli affari, ma

(1) *Translatò deinde a regibus ad annuos consulatus imperio, inter cetera officia regia, iuris quoque reddendi munus ad eos devenit; ita ut quaecumque de re orta esset inter cives controversia, ipsi de iure responderent. Halicarnass. lib. X. p. 627.*

ma giudicarono ancora delle contese tra i privati; onde vennero a dirsi Consoli, Pretori, ed anche Giudici (2). Anzi vi è chi crede, non senza fondamento, che nella prima istituzione i Consoli altro nome non ebbero, che quello di pretori, o di giudici, e che poi dopo il governo dei Decemviri *legibus ferendis*, restaron detti Consoli (1). Certamente nelle dodici tavole col nome di pretore vien designato il Console (2); e sotto il medesimo nome vengono indicati anche i Decemviri (3). Dei giudizi agitati innanzi ai Consoli, parlano spesso Tito Livio, e Dionigi d' Alicarnasse (4). E dagli stessi autori si ha, che, siccome essi alternavano nel governo della repubblica, così esercitavano ancora a vicenda la giurisdizione (5).

II

(2) *Regio imperio duo sunt, ilque praecundo, iudicando, consulendo, praetores, iudices, consules appellantur* Cic. lib. III. de leg.

(1) *Lips. de magistr. veter. pop. Rom. cap. VII.*

(2) *Impubem praetoris (i. e. Consulis) arbitratu verberari.* Plin. XVIII. 3.

(3) *Permittente praetore, parlando del Decemviro Appio Claudio.* *Halicarnass. XI. p. 717.*

(4) *Appius consul de pecuniis creditis ius quam asperissime dicere.* Liv. lib. 11. Ed altrove: *quod de credita pecunia ius non dixisset.*

(5) *Lips. de magistr. veter. pop. Rom. cap. IX.*

Il luogo, dove dai consoli si rendeva giustizia, era il tribunale stesso, piantato nel foro latino fin dai tempi dei Rè; nel quale sedevano essi parimente sulla sedia curule, e vestivano la *trabea*, e stringevano in mano l'asta (1). Assistevano sotto i consoli al tribunale gli apparitori medesimi, che erano stati in azione ai tempi dei Rè, e facevano mostra anche i littori, intenti non solo a far rispettare le loro persone, che ad eseguire i loro comandamenti. I Littori però, dopo la prima legge Valeria *de provocatione*, comparivano nel foro coi soli fasci di verghe senza le scuri; imperciocchè Publio Valerio, determinato ad accreditare il nuovo governo repubblicano, ed a distogliere dal popolo gli oggetti del rigore, stimò ben fatto di nascondere alla città quelle spaventose insegne (2). Solamente le scuri si lasciaron poi vedere nei tempi calamitosi delle dittature, per imporre sull'animo dei plebei; e già riferisce Tito Livio questo effetto, ottenuto la prima volta.

(1) Il Lipsio nel detto luogo.

(2) *Est, ut firmitus populo persuaderet, se publicae libertatis studiosum esse, ademit secures fascibus: moremque post se reliquit, qui usque ad mea tempora perduravit, ut tantum extra urbem securibus utantur, intra moenia contenti solis fascium insignis. Halicarnass. lib. V. p. 292.*

volta, che poi di nuove comparvero (1).

I primi Consoli Bruto, e Collatino giudicarono con potestà assoluta, ed indipendentemente, senza la provocazione al popolo, come si era praticato ai tempi dei Rè. Ma poi lo stesso Publio Valerio, che studiava sempre il modo, da tenerfela col popolo, onde fu soprannominato *poplicola*, determinò colla prima legge Valeria, che dalle decisioni dei Consoli, e di tutti i magistrati fosse sempre aperta la provocazione al popolo (2). Questa legge Valeria *de provocatione* fu poi da altri Valerj della stessa famiglia, anche consoli, per ben due altre volte replicata, e nel 355, e nel 453 (3).

In occasione dell' assenza di entrambi i consoli da Roma, restava a governare, e far giustizia, supplendo le loro veci, quell' istesso pre.

(1) *Creato dictatore primum Romae, postquam praeferrì securos viderunt, magnus plebem metus iniecit. Liv. lib. II. cap.*

(2) *Latae deinde leges, non solum quae regni suspitione Consulens absolvent, sed quae adeo in contrarium verterent, ut popularem etiam facerent; inde cognomen factum poplicolae est: ante omnes de provocatione adversus magistratus ad populum. Liv. Lib. II. Cap. IV.*

(3) *Eodem anno M. Valerius Cos. de provocatione legem tulit, diligentius sanctam. Tertio etiam, post reges exatos, lata est, semper de familia eadem. Liv. Lib. X. Cap. IV.*

prefetto alla città, che prima era stato in funzione nell' assenza dei re; al quale prefetto dai Consoli si delegava la giurisdizione (1). Sulla forma giudiziaria, e sul modo da procedere innanzi ai Consoli prima delle dodici tavole, niente vi fu di singolare, e diverso da quello; che erasi osservato innanzi ai Re. Una sola legge sappiamo essersi pubblicata allora per gli giudizi, oltre alla Valeria *de provocatione*, cioè la legge Aterea Tarpeja del 300 di Roma; colla quale si diede la facoltà a tutti i magistrati di prefiggere la pena pecuniaria a coloro, che non si recassero ubbidienti ai loro detti. Questa pena, per quanto grande fosse la contravvenzione, non si poteva mai eligere più che in due buoi, e in trenta pecore (2).

Al giudicato de' Consoli nelle cause, che toccavano l' interesse dei plebei, potevano resistere i tribuni della plebe, purchè fossero presenti

(1) *Dein consules mandabant, duratque simulacrum, quoties ob ferias latinas praeficitur, quò consulare munus usurpat. Tacit. annal. 1. 6.*

(2) *Centuriatis Comitiis lex lata est, licere omnibus magistratibus suae potestatis laesae reos multare. Nam antea solis Consulibus id licebat. Multae tamen modus, non multantium arbitrio relicta est, sed ab ipsis praefinitus, ne scilicet multa, quantumvis grandis, duas boves, & triginta oves non excederet. Halicarnass. lib. X. p. 674.*

fenti, coll' autorevole loro *viso*. E' risaputa la storia di questi magistrati. La plebe Romana nel diciassettesimo anno della repubblica, disgustata dal fare imponente, e vantaggioso dei patrizj, partì dalla città, ed andò a postarsi nel monte sacro, donde non ritornò, se non dopo aver ottenuto i tribuni, che le fossero di scudo alla prepotenza (1). Nella prima loro istituzione i tribuni della plebe ebbero facoltà molto ristretta, imperciocchè, non essendosi essi accordati ad altro fine, se non per covrire la plebe, e per sottrarla alle soverchierie, la loro incombenza era nell' impedire piuttosto, che nello agire. Intercedendo essi, si sospendeva ogni esecuzione, e chi ancora ostava, era catturato dal loro viatore, e veniva tradotto reo della violata sacrosanta potestà, cioè di delitto capitale; come colui, che attentasse contra la sacra persona dei tribuni (2). Si doveano poi essi prestare ogni qual volta eran chiamati, essendo sempre permesso ad un plebeo d' implorare in qualunque siasi incontro il loro ajuto (3). Ed acciocchè fossero stati sempre a portata di accorrere, non potevano

(1) *Pompon. L. 2. §. 20. D. de orig. jur.*

(2) *Halicarnass. lib. 6. in fin. Liv. lib. 7. Cic. pro sext.*

(3) *Rogo vos P. C.; ne me cogatis implorare auxilium Tribunorum. Plin. Epist. 3. lib. IX. Val. Max. lib. VI. Cap. I.*

no giammai uscire di città ; e doveano tener sempre aperte , così di giorno , che di notte le loro case (1) . Ai tribuni non assistevano i littori , ma il solo viatore , col servo pubblico . Imperciocchè essi non eran di quei magistrati , che aveano la *vocazione* , e quindi l' *imperio* (2) . Del viatore essi si valevano per far seguire gli arresti , e per far catturare i presenti , ma non per chiamare gli assenti , che era l' effetto della *vocazione* , di cui essi eran privi . E di qui si dà ad intendere la condotta di Labione presso Aulo Gellio , il quale appellando alla istituzione dei tribuni , ed accusando l' inconveniente , non volle ubbidire alla chiamata del tribuno , e rispose , che il tribuno anzi dovea venire dove egli era , e potea dipiù ordinare , che si catturasse (3) . Questa fa-

col.

(1) *Aul. Gell. lib. III. Cap. II.*

(2) *In magistratu habent alii vocationem , alii prehensionem , alii neutrum : vocationem , ut Consules , & ceteri qui habent imperium , prehensionem , ut Tribuni plebis , & alii qui habent viatorem. Gell. 13. 12.*

(3) *Iussit , eum , qui missus erat redire , & tribuno dicere , ius eos non habere , neque se , neque alium quemquam vocandi , quoniam moribus maiorum tribuni plebis prehensionem haberent . Possit igitur eos venire , & prendi se iubere , sed vocandi absentem ius non habere . Gell. noct. att. 13. 12.*

coltà però , tanto limitata in origine , si andò poi di tratto in tratto ampliando ; così che per abuso fu lecito ai tribuni di entrare assai più in giurisdizione , anche col discapito della potestà consolare . Si attribuirono essi la *vocazione* , e giudicarono : E nel giudicare si fecero sottoporre alcune persone plebee col nome di ministri dei tribuni , i quali di loro commessa procedevano , e dopo la sentenza ammettevano ad essi stessi l'appello (1) . In questo processo però , o non vi era rito costante , o quello era riprovabile , perchè figlio dell' abuso , e del disordine .

Non solamente i Consoli amministravano giustizia , ma gli altri magistrati ancora , che esercitarono colla potestà consolare . Questi furono i Dittatori , i Decemviri *legibus ferendis* , ed i Tribuni dei soldati colla consolare potestà . E' noto , che nel 252. di Roma , per le sedizioni interne , nate dal malcontento della plebe , e per lo timore delle guerre Latine , e Sabine , si ricorse a nominare per la prima volta un Dittatore , colla piena ed assoluta potestà , magistratura la quale fu poi di quando in quando anche in proseguimento per altre cause , ed in tutti i tempi difficili , e calamitosi della repubblica , con essersi nel 397 comunicata eziandio colla plebe (2) . I Dittatori adunque vennero

(1) *Pollet. lib. III. cap. V.*

(2) *Liv. VII. 17.*

nero ad afforbire gli onori, e le potestà di tutti gli altri magistrati, non eccettuati ne anche i Consoli, a riserva solamente dei Tribuni della plebe (1). E tra le altre cose sedettero nel foro al luogo dei Consoli, e resero giustizia; inappellabilmente però, e senza provocazione al popolo (2); lo che valse fino al 304. E con un altro distintivo, cioè coi littori, provveduti anche di scuri (3).

Si sa ancora, che nel 301, essendosi dalla Grecia restituiti a Roma i legati, colla raccolta delle leggi, data loro in commessa, vennero istituiti i Decemviri *legibus scribendis*, colla consolare potestà, restando anche sospesi i Consoli, e tutti gli altri magistrati; ad eccezione dei soli Tribuni della plebe; ed innanzi ai Decemviri per tutto il tempo, che dominarono, vennero dedotte, e decise tutte le controversie (4). Essi, al ri-

fe-

(1) *Hic primus Romae monarcha designatus est, cum plenaria belli ac pacis, omniumque aliarum rerum potestate. Halicarnass. lib. V. pag. 336.*

(2) *Itaque dictatores proditi sunt, a quibus nec provocandi ius fuit L. 2. §. 10. D. de orig. iur. Lib. 11. XV.*

(3) *Liv. dist. loc.*

(4) *Penes eos esse rerum summam, ut modo penes Consules, & olim penes reges. Halicarnass. lib. X. pag. 679. Omnes autem a mane pro tribunali cognoscebant causas plebeias, & publicas. Lo stesso pag. 680.*

ferir di Livio , essendo dieci , si avevano così distribuito il maneggio della giurisdizione , che facendola girare attorno , la ripigliavano in ogni decimo giorno , andando già appresso a colui , che era in esercizio , i littori coi fasci , e restando gli altri coi soli accensi (1). I giudizj dei Decemviri anche si ebbero inappellabili (2). Ma i Decemviri furono gli ultimi ad avere questa prerogativa , e con essi finì in Roma il giudicare indipendente , e dispotico . Si avvide il popolo , dietro il feroce giudizio dell' infelice Virginia , che era mal sicura la giustizia sotto la decisione inappellabile di un solo magistrato , non obbligato a far rivedere il processo ; e colla seconda legge Valeria de *provocatione* , pubblicata nel 304 , venne ad impedire anche la creazione di siffatte magistrature , permettendo , che fin si potesse uccidere impunemente colui , che ardì di nominarle (3).

Tom. I.

F

Fi.

(1) *Decimo die jus populo singuli reddebant , eo die penes praefectum iuris fasces duodecim erant , collegis novem singuli accensi apparebant.* Liv. lib.

(2) *Placet creari decemvires sine provocatione.* Liv.

(3) *NE QUIS ULLUM MAGISTRATUM SINE PROVOCATIONE CREARET: QUI CREASSIT EUM JUS EAQUE ESSET OCCIDI , NEVE EA CEDERE CAPITALIS NOXAE HABERETUR.* Liv. lib. III. cap. 27.

Finalmente è risaputo, che nel 309 di Roma, essendo cresciute le controversie tra i patrizj, ed i plebei sulla scelta, e sulla nomina dei Consoli, che i secondi, ad istigazione dei tribuni, pretendevano di far cadere sul loro ordine, ed essendosi per questa causa difficoltà la elezione, vennero interinamente eletti i Tribuni de' soldati colla consolare potestà, i quali interpellatamente durarono fino al 387. Sicchè cotesti novelli magistrati; figurando in tutto e rappresentando da Consoli, vennero anche essi a sedere nel tribunale, ed a far giustizia (1), colla provocazione però al popolo, secondo la legge Valeria.

La ritualità dell'ordine giudiziario, custodito innanzi a cotesti altri magistrati colla potestà consolare, per quel tempo, che precedette alle 12. tavole, non soffrì alterazione alcuna dall'antico sistema. Allora correivano le leggi regie della raccolta Papiriana: vi erano dei stabilimenti, registrati nei libri sacri: e tutto il dappiù si regolava a talento ed a mano dei magistrati stessi, i quali è da dire, che coi loro editti supplissero bene spesso la giurisprudenza, e la teoria del foro, non bene affievolita; come fecero un tempo i Rè. Sappiamo da Tullio, che nei commentarj dei Re si avea conto del rito, riguardante il giudizio di perduellione, secondo l'istituzione senza meno di
Tul-

(1) *Rosin. antiq. Rom. lib. VII. Cap. XX.*

Tullo Ostilio . Questi commentarj eran parte degli stessi libri sacri, formati dai Pontefici; e propriamente erano quei spezzoni, che esibivano un prontuario degli istituti regj. I consoli nell'esercizio della giurisdizione, o decretavano, o davano giudici. Vi era allora la legge di Servio Tullio, che nelle cause private ordinava la commessa della cognizione. Ma questa legge non escludeva, che i magistrati nelle cause private anche essi conoscessero alcuna volta. Vedremo in appresso, che tutte le liti, le quali avvolgevano questione di diritto, si esaminarono dal pretore, che *jus dicebat*; le cause poi di fatto si commiserò ai giudici: Lo stesso può stabilirsi senza esitazione dei tempi, dei quali parliamo.

Per quello poi, che appartiene al rito per lo tempo, che susseguì alle dodici tavole, il processo fu regolato dalle dodici tavole medesime, e con quella liturgia, che quindi anche innanzi al pretore venne a conservarsi. Appunto in questa legislazione, pubblicata nel secondo anno del governo decemvirale, ed accresciuta poi nel terzo, fra gli altri stabilimenti, fu scritto l'ordine dei giudizj; furon con più precisione distinti gli atti *in jure* al cospetto del magistrato, da quello che dovea farli innanzi al giudice di commessa, sia giudice, sia arbitro sia recuperatore; furon classificate le funzioni nei designati tempi; e venne stabilito un ordine di cognizioni, che poi tenne fermo per tanti secoli. F 2

Di

Di queste leggi decemvirali, raccolte dai patrij statuti, e nel più dalle leggi recate dalla Grecia, pochi frammenti sono soverchiati dopo le incursioni barbariche, che ingojaron tutto il buono delle antichità. Si deve poi alla diligenza dei giurisconsulti antichi il beneficio di questi pochi avanzi; e specialmente si professa obbligazione al giurisconsulto Gaio, per lo suo libro *de iudiciis*, di cui tanti spezzoni si ravvisano nei digetti. Quantunque in molti luoghi ancora della storia, e presso gli oratori, e presso i comici, e presso i filologi non sia ne anche raro di essi l'incontro. Dopo la risorta delle lettere, i più scelti eruditi si applicarono a raggiungere questi sparsi frammenti, ed a metterli insieme non senza riuiscita. A tutto però par che abbia tolta la palma l'immortale Giacomo Gottifredo, il quale dopo una copiosa raccolta fattane, volle ripartitamente ordinarli con sistema corrispondente a quella antica disposizione, con cui furono le 12 tavole esarate (1). Vero è, che scrisse Giusto Lipsio: *de divisione tabularum ex fragmentis difficile est iudicium* (2). Ma in questa difficoltà non è, che non possa rilucere un tratto di sopraffina specolazione di uomo illustre, che meriti, ed esiga rispetto. Per ciò, che appartiene all'ordine dei giudizj civili, ecco quello, che il

Got.

(1) Gotsfr. in oper. minor. *Fragm. XII. tab.*

(2) Lipj. *leg. Reg. & X. viral.*

Gottifredo mette in veduta nel disegno di queste tavole.

Nella prima tavola, dove si parla *de in ius vocando*, è stabilito, che colui, il quale vien chiamato in *gius*, dee subito sul fatto andare, altrimenti in presenza di testimonj può essere arrestato, non senza pericolo di ricevere anche violenza da colui, che lo chiama, se vie più ritardi, o mediti di fuggire. Si osserva poi, che per gli accagionati di salute, e per gli avanzati di età, i quali poco hanno da fidare alle gambe, dee apprestarsi il comodo semplicemente di un giumento, ma non già di carrozza chiusa. E finalmente si ritrova di dover cessare ogni atto coattivo sopra il chiamato, se nel momento della vocazione venga fuori alcuno, che si presti mallevadore della gita di lui al magistrato: con che però questo mallevadore, detto *vindice*, per gli ricchi debba esser persona benestante, e per gli poveri possa esser chiunque. Anche si dice fuori di impegno quel chiamato, che nel punto della vocazione devenga ad un bonario accomodamento; il quale anzi si vuole rispettato, ed eseguito. Si passa dopo ciò a supporre, che per la mancanza del *vindice*, o per la non fatta transazione, resti al chiamato l'obbligo di recarsi in *gius*: ed allora si decide, che l'affare subito vada a risolversi nel comizio, o nel foro per lo corso della giustizia. Si prescrivono le ore per lo agire giudiziario, e si fissa la mattina dall'uscir del sole fino al me-

riggio a poterli conoscer la causa dal magistrato, cioè a conoscer l'azione in presenza di entrambi i litiganti: dopo il meriggio poi si determina il tempo a dar l'azione secondo la cognizione già fattane, ed a costituire il giudizio, in presenza di uno almeno dei litiganti, nulla importando, che l'altro non vi assista. E poi al metter del sole si impone il disbrigo di ogni affare forense. Fin quì la prima tavola (1).

Nel

(1) *SI IN IUS VOCATQVEAT:*

MIT, ANTESTAMINO: IGITUR, EM CAPITO.

SI CALVITUR, PEDEMVE STKVIT, MANUM ENDO IAGITO.

SI MORBUS AEVITASVE VITIUM ESCIT, QUIN IUS VOCABIT IUMENTUM DATO: SI NOLET, AR CERAM NE STERNITO.

SI ENSIET QUI IN IUS VOCATUM VINDICIT MITITO.

ASIDUO VINDEIX ASIDUUS ESTO: PROLETARIO CUIQUE VOLET VINDEIX ESTO.

ENDO VIAM REM UTI PAICUNT, ORATO.

NITA PAICUNT IN COMITIO AUT IN FORO, AB ORTU ANTE MERIDIEM CAUSAM CONICITO, CUM PERORANT AMBO PRAESENTES. POST MERIDIEM PRAESENTI STIUTEM ADICITO.

SOL OCASUS SUPREMA TEMPESTAS ESTO.

Cioè, seconda la parafrasi del Gotifredo medesimo.

Si quis aliquem in ius vocat, vocatus statim sequitur.

Si in ius vocatus non sequatur, qui vocabit

Nella seconda tavola ; intitolata *de iudiciis* , & *furtis* , si parla di ciò , che debba

F 4

farfi

testes adhibito , & *tum in ius vocatum sistere ei ius esto* .

Si & *tum in ius vocatus moretur* , *frustretur* , *fugamve adornet* , *manum ei injicere ius esto* .

Si *imbecillitas* , *aut invalentia quaedam* , *actusve senilis impedimento sit* , *quominus vocatus in ius sequatur* , *qui in ius vocabit* , *vocato vestibulum* , *seu vehiculum* , *quod adiunctis pecoribus trahatur* , *dato* : *si nolet* , *is* , *qui in ius vocabit* , *vocato petenti plaustrum undique tectum* , *munitumque* , *sternere ne cogitor* .

Si *tamen sit aliquis* , *qui in ius vocatum* , *vel presum defendat* , *dimittitor* .

Ceterum locupleti vindex locuples esto : *pauperi* , *prolem tantum Reipublicae sufficienti* , *qui libet vindex esto* .

Item si de re transactum fuerit inter vocantem & vocatum , *dum in ius venit* , *ipsa ius ratumque esto* .

Si *neque vindex aliquis sit* , *neque de re in via transactum fuerit* , *tum in comitio* , *aut in foro praetor causam cognoscito ante meridiem* , *cum ambo litigatores praesentes perorant* .

Post meridiem , *etiamsi unus tantum praesens sit* , *praesenti actionem dato* , *iudiciumque constituito* .

Sole occidente , *supremus terminus iudiciorum esto* , *seu iudicia solvuntur* . *Ad solem proinde occasum praetor ius reddito* .

farli innanzi al giudice, stabilito dal magistrato all' esaminar la causa, ed a deciderla; e si vuole, che da entrambi i litiganti prima di tutto si dia sicurezza di star fermi puntualmente nel giudizio, per mezzo di mallevadori, detti *vades*, e di non frodarsi l'un l'altro di aspettativa, con abbandonare il *vadimonio*. E si vuole, che le cause, le quali possano salvare il manchevole, fossero, o quella di una seria malattia, dinotata sotto il *morbo sontico*, o di assenza per causa della repubblica, o di essere impedito dall' obbligo di sciogliere un voto, o finalmente perchè nel tempo stesso vada a combinare la giornata, stabilita a trattar anche in giudizio col forastiere. In queste congiunture, palesandosi al giudice, o all' arbitro tutto l' occorrente, si dice doverli frapporre dimora, e differire il giudizio. Parlasti quindi dei testimoni da citarsi, e si prescrive di doverli passar loro l' avviso in casa per tre mercati, cioè per giorni ventisette (1).

Nel-

(1) . . . VADES . . . SUBVADES . . . EXTRA QUAM SI MOREUS SONTICUS . . . VOTUM . . . ABSENTIA REIPUBLICAE ERGO, AUT STATUS DIES, CUM HOSTE INTERCEDAT: NAM SI QUID PRIORUM EVAT UNUM, JUDICI, ARBITROVE, REOVE EO DIE DIFFENSUS ESTO.

GUI TESTIMONIUM DEFUERIT TERTIIS NUNDINIS OBPORTUM OBVAGULATUM ITO.

Cioè:

.. *Judicio constituto, indiceque adito, vades & sub-*

Nella terza tavola . dove trattasi *de rebus creditis* , facendosi parola dei confessi *in iure* , e di coloro , che hanno contro la cosa giudicata , si prefiggono trenta giorni a soddisfare il debito , passato il qual tempo , si dice esser lecito al creditore di porre le mani addosso al debitore , e strascinarlo in *gius* . Colà giunti , o si dee pagare , o dar cautela con altra persona idonea ; ed in mancanza , il debitore dee esser menato nella carcere privata del creditore , ed ivi starsene legato con nervo , o con catena di ferro , che non sorpassi il peso di libbre quindici . In questo stato , se il debitore abbia del suo a poter vivere , si vuole , che pensi egli a sostentarsi ; se poi niente abbia , perchè non perisca di fame , si obbliga il creditore ad alimentarlo , con non men di una libbra di farri al giorno . Andandosi innanzi così , si lascia libero al debitore addetto di far quei patti , che può col suo creditore . Intanto più di sessanta giorni

Subvades iudicio sistendi utrinque dantor , iique sistere tenentor : nisi si morbus vehemens , vim graviter nocendi habens , votum aliquod , absentia reipublicae ergo intercedat , aut constitutus sit dies cum peregrino : nam si quid horum fuerit , & obvenierit iudici , arbitrove , vel reo , iudicii dies differatur .

Qui testimonium denunciare volet , is trundino , id est ter intra 27. dies ad domum eius , cui testimonium denunciat , denunciatum ito .

ni non si permette, che egli sia nelle carceri; e fra questo tempo si impone l'obbligo al creditore di cacciarlo a vendere nel comizio innanzi al pretore per tre mercati continui, colla designazione del prezzo. E dopo l'ultimo mercato, o dovrà il debitore esser venduto di là dal Tevere, per non fare ingiuria alla cittadinanza Romana, o non avendo compratori, dovrà col capo pagare il debito. Se mai più fossero i creditori, che sopra di un solo rap. presentassero, allora si dá a tutti la facoltà di farne a brani il corpo, o pure di venderlo, e ripartire fra loro il prezzo (1).

Nel-

(1) AERIS CONFESSI, REBUSQUE IURE IUDICATIS XXX. DIES IUSTI SUNTO.

POST DEINDE MANUS INIECTIO ESTO, IN IUS DUCITO:

NI IUDICATUM FACIT, AUT QUIPS ENDO ES IN IURE VINDICIT, SECUM DUCITO, VINCITO AUT NERVO AUT COMPEDIBUS XV PONDO NE MAIORE: AT, SI VOLET MINORE; VINCITO.

SI VOLET SUO VITO: NI SUO VIT, QUI EM VINCTUM HABEBIT, LIBRAS FARIS ENDO DIES DATO: SI VOLET, PLUS DATO.

NI CUM EO FACIT, LX DIES ENDO VINCULIS RETINETO: INTERIEI TRINIS NUNDINIS IN COMITIUM PROGITATO, AERISQUE AESTIMIAM IUDICATI PRAEDICATO.

AST SI PLURES ERUNT REI TERTIS NUNDINIS PARTIS SECANTO: SI PLUS MINUSVE SEQUERUNT SE FRAUDESTO: SI VOLENT, ULTRA TIBERIM PEREGRE VENUNDANTO.

Cioè:

Si

Nella sesta tavola, intitolata *de dominio, & possessione*, si prescrive ciò, che siegue. Trat-
tan.

Si debitum quis confessus fuerit, vel condemnatus iure fuerit, induciae ei mensstruae 30 dierum, ad debitum exsolvendum, dantor.

Si intra dies 30 illos debitor non satisfaciat, tum creditori capere eum, sive probendere, atque in ius ducere ius esto.

Si & tum iudicatum non solvat, neque interea quisquam eum in iure defendat, proque eo interveniat, in privatum carcerem seu vincula adducere creditori ius esto, eumque, vel nervo, vel compedibus vincire: sic tamen, ut vincula non sint graviora, quam XV pondo: leviora enim adhibere pro arbitrio ius esto.

Debitor ita nexus, si poterit, suo vivat: Si non habeat, tum creditor, qui eum vinctum habebit, singulas farris libras in singulos dies ei dato: si volet, plus ei pro arbitrio dare liceto.

Paciscendi interea addicto cum creditore ius esto: si non pactus fuerit, 60 diebus creditori addictum in vinculis habere ius esto: Intra eos dies trinis nundinis continuis ad praetorem in comisium producitor, quantaeque pecuniae iudicatus esset, praedicator.

At si plures erunt creditores, tertiis nundinis, idest 17 die corpus rei in partes secanto: si plus minusve secuerint, sine fraude esto: si malent, trans Tiberim eum peregre venumdanto.

tandosi di giudizio possessorio ; si fa peggio
la causa di colui , che possiede , tranne però i
soli giudizj di stato , nei quali , anche contra
il possessore , si vuole , che si rilasci la provvi-
denza *secundum libertatem* (1) .

Nella tavola settima si traduce infame , cioè
non degno di più testimoniare colui , che essen-
do intervenuto da testimonio in qualche atto ,
e da *libripens* , ricusi poi di darne testimo-
nianza (2) . E parlando di *delictis* , al falso
te.

(1) SI QULN IURE MANUM CONSERUNT, SECUN-
DUM EUM QUI POSIDET:

AST SI QUI QUEM LIBERALI CAUSA MANU AD-
SERAT, SECUNDUM LIBERTATEM VINDICIAS DATO,
Cioè:

Si de qua re in iure apud praetorem disceptetur, secundum eum qui possidet, praetor vindicias dato: excepta liberali causa, in qua secundum libertatem praetor vindicias semper dato.

(2) QUI SE SIVE TESTARIER LIBRIPENSVE FUE-
RIT IN TESTIMONIUM FARIATUR, IMPROBUS,
INTESTABILISQUE ESTO;

Cioè:

Qui alicui actui testis fuerit rogatus, vel libripens, si postea testimonium ferre detrectet, infamis habetur, neque eius testimonium deinceps admittitur, neve ipsi testimonium dicatur.

SI FALSUM TESTIMONIUM DICASTIT, SAXO
DELICITOR.

PATRONUS SI CLIENTI FRAUDEM FAXIT, SA-
CER ESTO.

Cioè;

Si

testimonio si minaccia il gitto della rupe Tarpeia: ed al padrone, che difende il clientolo con frode, si dice, che resti esecrando.

Nella tavola ottava, che tratta *de iuribus prediorum*, si definisce, che le cause di confinazione, e di deviazion di acqua piovana, si debbano dal pretore commettere a tre arbitri, e si dia cauzione per lo danno non fatto (1).

Nella tavola nona, dove parlasi *de iure publico*, si decide, che il giudice, o l'arbitro, il quale si lasci corrompere da denaro, abbia per pena la morte (2).

Nel-

Si quis falsum testimonium dixerit, saxo tarpeio praeceps dejicitor.

Si quis, quo tutior esset a vi & iniuria, alterius se patrocinio commiserit, patronus autem eum sefellerit, execrabilis esto.

(1) SI IURGANT ADFINES, FINIBUS REGUNDIS PRAETOR, ARBITROS TRIS ADICITO.

SI AQUA PLUVIA MANU NOCET PRAETOR AR-
CENDAE AQUAE ARBITROS TRIS ADICITO, NO-
XAEQUE DOMINO CAVETOR.

Cioè:

Si vicini de finibus disceptent, decertent, praetor dirimendae controversiae tres arbitros dato.

Si aqua pluvia opere manufacto nocere poterit, praetor, ad arcendam aquam, ne noceat, tres arbitros dato: damni infecti nomine caveto.

(2) SI IUDEX, ARBITRUM IURE DATUS, OR REM JUDICANDAM PECUNIAM ACEPIT, CAPITAL ESTO

Cioè:

SI

Nella tavola duodecima, in supplemento alla tavola sesta, diceſi , che colui , il quale con mala fede ha ripotuto la manutenzion nel poſſeſſo , debba al giudizio di tre arbitri reſtituire il doppio dei frutti percepiti (3).

Due coſe par che arrivino aſſai dure in queſte leggi , e ſappiano di fieraſſa . Vi è il diritto nell' attore di ſtraſcinare il reo *in gius* , e condurvelo anche ſopra un giumento, ſe ſoſſe ammalato . Vi è la facoltà data ai creditori di fare a brani il corpo del debitore, non ſolvente , e controccambiare colle di lui membra i loro crediti . Ma preſſo Aulo Gellio nei dialoghi, recati tra Favorino il filoſofo , e Sesto Cecilio , ſi ritrova la coſa eſpoſta in meno orribile aſpetto , e va meglio intefa . In quanto al reo ammalato ſpiega Sesto Cecilio , che per malattia in quel luogo della legge ſi laſcia intendere una leggiera indiſpoſizione di corpo , che non opprime del tutto le forze naturali , e non già una indiſpoſizione grave , e ſeria , la

Si iudex, aut arbiter, iure datus ob rem iudicandam, pecuniam acceperit, capite luito.

(3) SI VINDICIAM FALSIAM TULIT, PRAETOR REI SIVE STILITIS ARBITROS TRES DATO: EORUM ARBITRIO FRUCTI DUPLICATIONE DECIDITO.

Cioè?

Mala fide possessionem si quis nactus sit, praetor ei rei definiendae tres arbitros dato: eorumque arbitrio malae fidei possessor fructus in duplum praestato.

quale con proprietà di frase, avverte egli, venire espressa nel morbo fortico. Di questo morbo parlasi nella tavola seconda, dove si scusano i litiganti dalla diserzione del vadimonio. Per giumento poi non si vuole intendere un solo animale da schiena, ma un carro tirato da due animali; da che anche con proprietà di parlare, egli avvisa, che *iumentum* dagli antichi si diceva a iungendo (1).

Ri-

(1) Sed cecur tibi esse visa est inhumana Len-
tissimi quidem mea sententia humanissima, quæ
iumentum dare iubet egro, aut seni, in ius vo-
cato! Verba sunt hæc de Lege SI IN IUS VO-
CAT. Si Morbus, avitasve vitium escit. QUI
IN IUS VOCABIT JUMENTUM DATO: SI
NOLET ARCERAM NE STERNITO: At tu
forte morbum appellari hic putas aegrotationem
gravem cum febris rapida, & quercera, jumen-
tumque dici pecus aliquod unicum sergo vehens?
Ac propterea minus fuisse humanum existimas,
egrotum domi suæ cubantem, iumento impositum
in ius rapi! Hoc, mi Favorire, nequaquam
ita est, nam morbus ita Lege ista non febricu-
losus, neque nimium gravis, sed vitium ali-
quod imbecillitatis, atque invalentia demonstra-
tur; non periculum vitæ ostenditur. Ceteroqui
morbum vehementiorem, vim graviter nocendi
habentem, Legum istarum Scriptores alio in lo-
co non per se morbum, sed morbum fonticum ap-
pellant. Jumentum quoque non id solum signifi-
cat

Riguardo poi al potersi fare a brani il corpo del debitore, consente Sesto Cecilio, che la cosa abbia della mostruosità, e sia a prima vista spaventevole. Ma poi, egli aggiunge, che unicamente in grazia della buona fede, e della osservanza dei contratti si legge scritta una pena, la quale fu posta in gradi di atrocità, tanto avanzati, appunto perchè alla medesima non mai si arrivasse. Infatti, avverte egli stesso, che non mai s' intese eseguito quel dilaniamento di membra, e bastò, che restasse scritto solamente nella legge (2). Già allora
le

eat quod nunc dicitur; sed vestibulum etiam, quod adiunctis pecoribus traheretur, veteres nostri iumentum a iungendo dixerunt: arceva autem vocabatur plostrum tectum undique, & munitum quasi arca quaedam magna vestimentis instrata, qua nimis aegri, aut senes portari cubantes solebant. Quoniam igitur tibi acerbitas esse visa est; quod in ius vocato paupertino homini, vel inopi, qui aut pedibus forte aegris esset, aut quo alio casu ingredi non quiveret, plostrum esse dandum censuerunt; neque inferni tamen delicate arcevam iusserunt; quoniam satis esset invalido cuicumque vestibulum: atque id fecerunt, ne causatio ista aegri corporis perpetuam vacationem daret fidem detrahitibus, iurisque actiones declinansibus? Aulo Gellio. N. A. lib. XX. Cap. I.

(2) Sed eam capitis poenam, faciendae, sicuti
di

le pubbliche ragioni non fallivano così spesso ; eran rare le decozioni frodolente , e si dovea pensar bene a far *banca rotta* .

Questi sono gli avanzi dell' antico processo civile , secondo il rigore delle 12. tavole : e con questo processo fu regolato il tanto famoso giudizio dell' infelice Virginia ai tempi del governo decemvirale , di cui parlano di concerto Livio , e Dionigi q' Alicarnasse . Non riesce quì ingiocondo il presentare in dettaglio quanto da cotesti Storici in ordine a ciò si rapporta , trattandosi del più antico , anzi del primo processo civile , che presenta a noi la storia .

Appio Claudio , uno dei Decemviri , avendo concepito amore per una donzella plebea di insigne bellezza , chiamata Virginia , figlia di Vir-

Tom. I.

G

gi-

dixi , fidei gratia horrificam atrocitatis ostenta , novisque terroribus monendam reddiderunt . Nam si plures fuerant , quibus reus esset iudicatus , secare , si vellent , atque partiri corpus addidit sibi hominis permiserunt . . . Nihil profecto immitius , nihil immanius , ni , ut re ipsa apparet , eo consilio tanta immanitas pœnae denunciata est , ne ad eam unquam perveniretur . Ad dici namque nunc , & vinciri multos videmus , quia vinculorum poenam deterrimi homines contemunt : dissectum esse antiquitus neminem equidem neque legi , neque audivi , quoniam Sacrificia ista poenae contemni non quita est . Aul. Gellio N. A. lib. XX. Cap. I.

ginio Tribuno, e non potendo sposarla per la disparità dell'ordine, ne tirarla alle sue voglie, per aver trovata inespugnabile la piazza del pudore, si rivolse ad una furberia, che contenne la più crudele, e detestevole violenza. Egli avea per clientolo, e pronto ai suoi cenni un tal Marco Claudio, uomo audace, e disposto a far checchessia. Incaricò dunque costui, perchè, afferendo in servitù la donzella, fosse fermo nel difendersi nel possessorio contra coloro, che volessero il favore della libertà (1). La favola, che gli pose in bocca, fu quella, di dover egli dire, che Virginia era figlia di una sua serva, e che dopo nata, erasi di soppiatto trafugata dalla madre, e venduta a Numitora, fu moglie di Virginio, donna non prolika, e vaga di divenir madre, almeno di un parto supposto. Così combinato l'affare, cominciò ad aver corso.

Marco Claudio, fattosi innanzi alla donzella nel foro, mentre dall'aja era guidata alla pubblica scuola, risolutamente la fermò, afferrolla, ed afferrendola sua ancella, fece mostra di volerla seco strascinare; se ricusasse di seguirlo (2). Ad impedir la violenza si re-

cò

(1) *M. Claudio clienti negotium dedit, ut virginem in servitutem affereres, neque cederet secundum libertatem postulantibus vindicias. Livio, lib. III. Cap. XX.*

(2) *Virgini venienti in forum minister decem-*

cò avanti l'aja tutta commossa , che con le grida donnesche fece subito gran gente . Si parlò il fatto : si ridisse la libertà Virginia : raccontossi la di lei nascita : si designarono i suoi genitori ; e si cercò di smentire sul fatto la falsa assertiva del pretenfore . Allora fu , che Marco Claudio , impedito nella esecuzione del disegno , venne a far causa , come il Decemviro gli avea imposto . Chiamò subito la donzella in gius , e fattosi dar sicurezza dagli astanti di esser seguito , si avviò al tribunale di Appio (1) . Ecco espressa quì l'obbligazione in colui , che era chiamato in gius , di dare sul fatto malleveria per la pronta gita al magistrato , dietro l'orme di colui , che chiamandolo lo precedeva .

Giunto innanzi ad Appio l'attore , venne a narrare quel fatto , che Appio stesso gli avea imboccato (2) . A buon conto intentò l'azion di revindica della giovane asserita serva : e contemporaneamente chiese due provvidenze dal magistrato . Fece la postulazione per

G 2

lo

viri libidinis manum iniecit , serva sua natam , servamque appellans esse ; sequique se iubebat , cunctantem vi abstracturum . Livio nel detto luogo .

(1) *Vocat puellam in ius : auctoribus , qui aderant , ut sequeretur , ad tribunal Appii perventum est Liv.*

(2) *Puellam domi suae natam , furtoque inde in domum Virginii translatam , suppositam ei esse .*

lo giudizio, col dire, che egli era pronto ad esporre la causa a qualunque esame, e sfidando anche a far da giudice lo stesso Virginio, voluto padre della zitella, come colui, che prendeva la maggior parte nella ingiuria; e poi, pendente il giudizio, pretese la consegna della giovane stessa, dicendo esser giusto, che il possessore non fosse spogliato di fatto, e che l'ancella dovesse seguire il suo padrone (1). Non ischivò egli di esibirsi a dar la conveniente sicurezza, con idonei mallevadori, di riprodurre nel foro Virginia, e farla giudicare nel caso, che taluno pretendesse di controvincerla (2). Nei giudizi petitorj precedeva la causa possessoriale, nella quale, secondo la tavola testa della legge, era garantito colui, che in atto possedeva, purchè assicurasse la esistenza della cosa al magistrato, acciocchè poi il giudizio non riuscisse elusorio. A queste vedute adunque si rivolgevano i detti di Marco Claudio. Ma alla polizione fatta da costui replicarono gli avvocati di Virginia, ed allegando l'eccezione dell'assenza del padre di lei, che era in guerra, chie-

(1) *Id se iudicio compertum afferre, probaturumque vel ipso Virginio iudice, ad quem maior pars iniuriæ eius pertineat. Interim dominum sequi ancillam æquum esse.* Livio.

(2) *Quod si quis contra eam vindicet, idemque eius iudicio sistendæ vades dabo.* Dionigi d' Alicarnasse.

chiesero, che l'affare si differisse (1). Ed intanto, per quello, che apparteneva alla consegna della giovane, appellando essi alle dodici tavole, di frelco pubblicate, pretesero, che il dovere portava, che una tal consegna si facesse non *contra*, ma *secundum libertatem* (2).

Non poteva essere più regolare l'eccezione, ne più legale l'istanza. Ma Appio, che in quel punto non veggeva netto, si negò rotondamente, e, non proibendo, che si facesse chiamare il padre di Virginia dal campo, si decise a consegnare intanto lei stessa al pretenfore, che avesse l'obbligo di riprodurla nel foro alla venuta di colui (3). Risentiva egli il peso, ed avvertiva bene il rintaccio della legge, da lui stesso promulgata; ma con un cavillo infelicissimo, ed imposturante, volle eluderne la sanzione. Disse: la Legge parla del caso in generale, in cui taluno sia asserito in servitù, ed allora non permette, che lo schiavo, durante la lite, sia presso il pretenfore. Noi ab-

G 3

biamo

(1) *Advocati puellae, cum Virginium reipublicae causa dixissent abesse, postulant, ut rem integram in patris adventum differat.* Livio.

(2) *Lege ab ipso lata, vindicias det secundum libertatem, neu patiatur virginem adultam, famae prius, quam libertatis periculum adire.*

(3) *Placere patrem accersiri: Interea iuris sui iacturam assertorem non facere, quin ducat puellam, sistendamque in adventum eius, qui pater dicatur, premittat.* Livio.

biamo altro per le mani : siamo a decidere di una donzella , che da due è pretesa , cioè da uno , che diceasi padrone , e da uno , che si pretende padre . Se il padre fosse presente , ragion vorrebbe , che a lui si consegnasse : ma subito che il padre non vi è , perchè non consegnarsi colei al padrone , coll' obbligo di riportarla alla venuta del padre (1) ?

L' iniquità de' sentimenti saltava all' occhio di chiunque , e faceva orrore l' empio *supra* , distruttore della Legge . Come entrava la disputa tra il padrone , ed il padre , che faceva differenziare il caso dallo stabilimento della legge ? Si era inteso colla legge favorir la causa della libertà ; e là dove in tutti gli altri giudizj nel possessorio dovea vincere il possessore , nelle cause liberali , per eccezion di regola , chi si asserivasi possessore del servo non ri-

te.

(1) *Equidem non ignoro legem de fideiussione super iis , qui in servitutem asseruntur , latam , quae non finit mancipium usque ad litis cognitionem penes abripientem esse : nec legem fregi- rim , quam ipse volens scripsi : sed illud tamen aequum censeo , cum duo sint , qui puellam sibi vindicent , herus , & pater , si ambo adessent , eam penes patrem esse usque ad causae cognitionem , sed quoniam ille abest , herum eam abducere , datis idoneis vadibus , sistendae magistratui , ubi pater eius redierit . Dionigi d' Alicar- nasse ,*

teneva, e durante la cognizione del possessorio, si faceva la consegna *secundum libertatem*. Questo appunto era quello, che presentava il fatto di Virginia, e che animava gli avvocati di lei a declamare. Sicchè tutto il popolo, fatto a ragione ammiratore della inaspettata risoluzione del Decemviro, si commosse; e fra gli altri vi fu il giovane Icilio, a cui Virginia era stata promessa in isposa, che dai gridi passò anche alle minacce, e fece crescere il tumulto. Alle quali cose credette Appio fare miglior senno, e frenarsi alquanto, e richiamare con contrario imperio il decreto, differendo la provvidenza per lo giorno appresso (1).

In questo avvenimento di Icilio, e nel corso delle invettive da lui fatte al Decemviro, son da rilevare due cose. Primieramente si veggono contro di lui in azione i littori per *summovertlo* (2), che era una delle funzioni, proprie di cotesti armati. Indi dalla bocca di Icilio si sente, che poteva bastare al Decemviro l'aver tolto ai plebei l'aiuto dei tribuni, ed il rimedio della provocazione (3); dal che si conferma, che in

G 4

quel

(1) *Se eo die neque ius dicturum, neque decretum interpositurum. Livio.*

(2) *Lictor decreasse ait; vociferantemque Icilium summovert. Livio.*

(3) *Non si tribunitium auxilium, & provocationem plebi Romanae, duas arces libertatis iniquae ademistis. Livio.*

quel Decemvirato non si provocò al popolo ;
e venne a cessare la intercessione tribunizia .

Il giorno appresso , nel quale era si differito
il decreto , si presentarono al Decemviro , così
Marco Claudio , come Virginio , e la figlia .
Marco Claudio ripigliò la parola , coll' esporre
di nuovo l' azione , e chiese di esser subito
disbrigato di giustizia . (1) Si trattò dunque la
causa . L'attore coi suoi corrotti testimonj pro-
curò di affondare il suo assunto . All' opposto gli
Avvocati di Virginia , e con testimonj , e con
argomenti convincentissimi prefero le contra-
rie posizioni . Ma il Decemviro non voleva
giudicare per via di prove , e di ragioni . An-
zicchè prestarli al detto altrui , stimò di far egli
una spontanea confessione del fatto , che asserì
noto a lui stesso , come dall'attore si circostan-
ziava ; e volendo giudicare *ex informata conscien-*
tia : dedit vindicæ secundum servitutem , rife-
risce Livio : e Dionigi d' Alicarnasse , portan-
dola più oltre , arriva a far dire : *puellæ domi-*
nium eum esse iudico , rapportando un decreto de-
finitivo . Sembra veramente soverchio que-
sto che dice Dionigi . Tutto era possibile
in persona di un uomo accieccato dalla pas-
sione , che non solo non poteva far da giu-
dice , ma non poteva ne anche ragionare .
Però è più verosimile il decreto , che rapporta
Li-

(1) *Appium rogavit , ut ei liti se præsberet
iudicem , nulla mora interposita ,*

Livio, col quale fu deciso il possessorio, e non si entrò nel merito del petitorio. Già la controversia, secondo l'azione istituita, portava un giudizio di revindica, suscettibile di cognizione di causa, la quale cognizione non già dal Decemviro, cioè dal magistrato, ma dal giudice di commessa doveasi prendere. Poi la quistione agitata innanzi al Decemviro non portava altro, se non l'interina consegna della donzella, la quale secondo il prescritto delle dodici tavole dovea farsi *secundum libertatem*. Appunto era questa una pura quistione di diritto, propria del Magistrato, che *ius dicebat*, e perciò meglio dice Tito Livio, rapportando la formola del decreto: *dare se vindicias secundum servitutem*.

Il decreto di Appio Claudio dovea eseguirsi, perchè non vi era reclamazione, ne il beneficio della intercessione dei tribuni. Il popolo fremeva, tumultuava, ma non poteva porre ostacolo. Il pretore impose il silenzio, spiegando quella incombenza, che era del suo ufficio: *silentium factum per praetorem*. Il littore, comandato dal Decemviro, si rese garante del decreto, ed imponendo colla forza, entrò in impegno, perchè quello si rispettasse, facendo dar luogo ad Appio Claudio, acciocchè portasse seco Virginia: *I lictor: submove turbam: da viam domino ad prendendum minipium*. Non fu poi, che nel punto della esecuzione, quando accadde quella luttuosa tragedia, che fece finir subito il governo dei Decemviri, e lo stile
di

di giudicare inappellabilmente.

In questo giudizio di Virginia non si veggono solennità di parole, non formole studiate nel postular l'azione, e nel concepirla, non si trova assistenza di giuriconsulto, o di pontefice, che insegnasse il *lege agere*. La semplicità dello agire spira da per ogni dove. L'attore, senza apparecchio di frasi giudiziarie, alla meglio, che può, spiega la sua intenzione. Gli avvocati della donzella, il suo sposo, ed il suo padre, anche senza guerra di formolarj, si oppongono, e danno riparo. Basta ad essi, che in qualunque siasi maniera, arrivi al Decemviro la forza delle loro ragioni, e sia messo in risalto efficacemente lo spirito della Legge, che quegli andava a conculcare. Così è. Allora non si durava fatica ad apparare il metodo di agire, e si poneva mente, meno al modo come farsi, che a quello, che far si dovea.

Dopo finito il governo dei Decemviri, e dopo ritornata la giurisdizione in mano ai Consoli, seguì ad agirsi colla semplicità medesima, e per qualche tempo su questo piede si tirò innanzi. Ma venne poi a volitare per lo foro una nebbia di formolarj, e di architettati concerti di parole, che oscurò tutta l'antica chiarezza, e rese l'affare forense impercettibile a coloro, che non erano a parte del disegno (1). La cosa cominciò così, Le leggi delle

(1) *Si non ad fastos, ad commentarios pontificum*

le dodici tavole, o che fossero in qualche parte oscure, e non a tutti intelligibili, o che non abbracciassero, come non potevano comprendere, tutti' casi, che alla giornata accadevano, aveano certamente bisogno di interpretazione, e di una mano maestra, che le adattasse, e ne rendesse facile l'uso. Or da che Roma era stata in piedi, la custodia, e la interpretazion delle leggi si era sempre curata dai patrizj, e dal collegio dei pontefici. I patrizj per lo istituto di Romolo erano stati sempre in obbligo, di restar bene intesi del diritto, e di assistere, e difendere in giudizio i plebei, rozzi, ed ignari. I pontefici, già sempre allora patrizj, colla cura del calendario, e dei fasti, loro data da Numa Pompilio, si erano eretti in enti necessarij, e con gelosia custodivano nei loro penetrali l'arcano, che gli faceva consultare come oracoli. Non appena adunque vennero pubblicate le dodici tavole, ed essi tutti furono in mossa, per mettere in attività la loro opera, nell'interpretare, nel dilucidare, e nell'adattare le definizioni di quelle, lasciandovi della straordinaria applicazione. Seppero essi così bene spiegar carattere in ciò fare, e tanto delicatamente si conservarono nel sostenersi in queste funzioni, che per un secolo, e più come dice Pomponio, non se ne potette mai appu-

sciam admittimur, ne ea quidem scimus. Il tribuno della plebe presso *Liv. IV. 3.*

purar cosa da altri, e vi fu bisogno preciso, che uno dei pontefici si destinasse ad assistere, ed a consigliare i privati, che volevano *legere* (1).

Nacque allora quel ceto rispettabile tra i patrizi, che, abbracciando di proposito lo studio della giurisprudenza, cominciarono a distinguersi col nome di giuriconsulti, cioè di coloro, dei quali abbisognassero i cittadini, per sapere dove fosse il giusto, e cosa gli restasse a fare nelle dubbiezze, o quale cautela loro necessitasse nei pericoli; consigliandoli o in casa, o mentre passeggiavano nel foro (2). Tra questi giuriconsulti i primi a figurare erano sempre i pontefici, che professavano la scienza del diritto sacro, e profano; onde ebbe poi a dire di essi Scevola, che niuno mai poteva dirsi buon pontefice, se non avesse ben conosciuto il diritto civile; e la stessa giurisprudenza fu definita *rerum divinarum, atque humanarum notitia*.

Or cotesti giuriconsulti, che argutamente da Cicerone si chiamarono poi *militi urbani*, in
tre

(1) *Omnium tamen harum, & interpretandi scientia; & actiones apud collegium pontificum erant; ex quibus constabatur quis quoque anno praeesset privatis: & fere populus annis prope centum hac consuetudine usus est L. 2 §. 6. D. de orig. iur. Ved. Cic. de Orat. I., & in*

(2) *Cic. de orat. III. 33.*

tre maniere prestavanfi nelle loro azioni al popolo, *respondendo, scribendo, cavendo* (1). *Respondere* allora quando eran dimandati di ciò che convenisse per legge, per costume, per ragione. Dove la legge era chiara, essi la rivelavano, dove era oscura, essi la interpretavano, estendendo anche tal volta per parità di ragione, nei casi, in cui non vi era legge scritta, ricorrevano al costume, e là dove tutto mancava, disputando risolvevano il conveniente, appoggiato alla giustizia naturale, ed alla ragione; onde essi arrivarono a chiamarsi *iuris conditores, & auctores* (2). Dalla interpretazione dei giureconsulti e dalle loro disputazioni nacque un'altra parte del diritto, chiamato *ius civile* (3), *ius consensu receptum* (4), *ius commenticium* (5); del quale diritto furon poi figlie tutte le azioni *utiles*, che nel foro si cominciarono ad ammettere, a somiglianza delle *directe* (6).

Scrivevano i giuriconsulti in tutte le occasioni, nelle quali dovevano dettar le formole del-

(1) *Urbanam militiam respondendi, scribendi, cavendi* Cic. pro Muræen. c. 9.

(2) Ved. Brisson. de verb. sign. voc. *Iuris auctores*. Cuiac. obs. VII. 25.

(3) L. 2. §. 5. D. de orig. iur.

(4) Princ. instit. de adquis. per. advocat.

(5) L. 20. D. de poen.

(6) L. 5. §. 21. D. ut in possess. legat. L. 1. C. de precar. & interd. Salvian. L. 13. §. 24. D. de act. empt. ed altrove.

delle azioni di legge, e degli atti egittimi. Era vi in Roma gran timore di sbagliare nei formolarj, nato dal pericolo, che, per opera degli stessi patrizj, si dava ad intendere, di poterli cioè perder tutto, quando non ben si sapesse *lege agere*. Vi sono stati poi molti, che han condannato i patrizj inventori di queste formule; e certamente non possono scagionarsi totalmente per la superizione pericolosa, che indussero, madre di una pubblica confusione, e figlia del disegno dei loro profitti. Ma forse in qualche parte erano essi scevri di imputazione, perchè per via di delicati stratagemmi dovean frenare, e tener a dovere un popolo libero, ben risentito, e che non piegava facilmente dove veggeva netto. Ebbero anche un lodevole riguardo nel chiudere in formolarj brevi, e costanti l'arte di ben agire, per rendere spediti e fermi tutti i negozj, che fra le incostanze, e le incertezze avrebbero fluttato, e ricevuto ritardo (1).

Sia come si voglia, per poterli *lege agere*, e per saperli quando ciò, e come convenisse, bisognava ricorrere ai giuriconsulti, a quali avean pronti i formolarj sotto un periodo di voci, artificiosamente congregate; nel fosco delle quali, e nella particolarità consisteva il solenne; e credendolo opportuno ne facevano un dettaglio a chi lo richie-

(1) Ved. Heinecc. de iurispr. formol.

chiedesse (1). Or per coloro , che in materia contenziosa cercavano il modo a poter comparire, e convenire altrui in giudizio, o pure con atti di giurisdizione volontaria volevano agire, erano destinate *le azioni di legge*, cioè le formole, colle quali si potesse contendere, e fare l'esperienza delle proprie ragioni, o pure cominciare atti, dipendenti da volontaria giurisdizione (2). Per coloro poi, che, senza aver bisogno del magistrato, avessero voluto far atti validi, e legalmente sollemnizzarli, o in casa, o anche *in iure*, erano riservati *gli atti legittimi*, cioè i formularj, a potere volontariamente contrarre, o respignere l'obbligazione (3). Or quella classe di giuriconsulti, che avea migliore scelta di formole, ed era più addetta a questa parte di ragion civile, veniva sotto il nome di *prammatici*, e di *formularj* (4); i quali si distinguevano dal resto dei giuriconsulti,

(1) *Posset lege agi, nec ne pauci quondam sciunt. Cic. pro Muraen. c. 11. L. 2. §. 6. D. de orig. iur.*

(2) *Eodem fere tempore actiones compositas sunt, quibus inter se homines disceptant: quas actiones, ne populus, prout vellet, institueret, certas, sollemnesque esse voluerunt: & appellatur haec pars iuris civilis legis actiones, idest legitimae actiones. L. 2. §. 6. D. de orig. iur.*

(3) *Ved. Leg. 77. D. de reg. iur. ed ivi Giac. Gossredo.*

(4) *Cic. Orat. l. 55. 59.*

ti, come la specie differisce dal suo genere. Da questi prammatici cominciò ad avere origine il processo civile scritto, ed il rituale degli atti e dei solenni giudiziarij.

La terza incombenza finalmente dei giuriconsulti era nel *cavere*, a cui adempivano col suggerire ai contraenti le cautele, onde metterli al coperto, e non cadere in inganni (1); e di qui nacquero tante *cauzioni*, che si trovavano scritte nel corpo della legge.

Dalle cure poi di questi giureconsulti, e soprattutto dei prammatici e formolarj, nacquero quei *nexus mancipii, repudii, vindictiarum*, ossia *in iure manuum confertionis*, che da alcuni per errore fra gli frammenti delle 12. tavole si annoverano, ma che come azioni di legge, inventate posteriormente, son da distinguerli dalla legge stessa (2). Cicerone rammemora le azioni Otiliane (3) che al Console Aulo Otilio son da riferirli nel 583 di Roma: Ed in altro luogo fa parola delle leggi Maniliane *venalium vendundorum* (4), raccolte da M. Manilio che fu Console al 603.; le quali alla giurisprudenza formolaria, anche appartenevano (5).

Per

(1) Cic. 33. de orat. 11.

(2) Ved. Giac. Gotifred. ad LL. 12. tab. in praefat.

(3) Cic. Orat. l. 57.

(4) Id de orat. l. 58.

(5) Plin. Elift. XVII. 3. Ewen. Ott. Jurisprud. Symbol. l. 15.

Per quello, che riguarda le azioni di legge, e 'l processo civile, egli è da notare, che tutte le azioni in iure si facevano pronunciare col verbo *aio*, ed in alcune si adoperava l' *affero*. E giammai non si trova usato il *dico*, che era del magistrato, e non dell' attore. Nell' esprimere poi la causa della mossa dell' azione, si designava col *quod*, avverbialmente preso (1); modo di dire proprio ed elegante (2). Il romano non pronunziava l' *aio*, ma, o era semplicemente negativo, e rispondeva col *nego*, cioè *ne ago* = *non ago*; ne in questo caso avea bisogno di dire o far difesa: o non negava l' azione, ma tentava di eluderla; ed allora mettendosi in difesa, adoprava la formola di *si non extra quam: ac si: at si: aut nisi* (3), colle quali espressioni veniva a fare una posizione, esclusiva dell' azione, onde la sua difesa venne a dirsi eccezione. Egli era attore, è vero, nella sua eccezione. Ma siccome l' agir nella eccezione non era, che un riagire, per ripellere e non esser offeso, così al solo attore, che primariamente e da se solo si dava moto, adattavano i giurisperiti il verbo *aio*, *affero*. - La

Tom. I.

H

po.

(1) Ved. Brisson de form. lib. V. XXVIII.

(2) Cum tibi agam gratias, quod me vivere coegisti. Cic. Att. l. 3. Mirari Cato se dicebat, quod non videret baruspex, baruspicem cum videret Id. 11. de Div. c. 24.

(3) Brisson. V. 75. segg.

postulazione poi ; che l'attore facea , per fare dar luogo all'azione , e l' reo replicava , per farla espellere , ad entrambi era comune col verbo *postulo*.

In questi modi di asserire eran costanti tutti i formularj , i quali poi per la molteplicità delle azioni e delle eccezioni , nascenti dalla varietà delle specie che offrivano i particolari negozj , variavano assai nel resto del lor tenore . Appio Claudio il cieco verso il 449. di Roma ebbe vaghezza di farne un' insieme e conservarselo . Ma egli si fece servir da Scrivano da Gneo Flavio , il quale , assistendo ad un cieco , ebbe buon dextro di fare un furto di tutta la raccolta , e metterla in albo , e pubblicarla (1). Non puo immaginarsi quanto applauso riscuotesse questa operazione . Il furto produsse una scoperta di diritto , che dall'autore si chiamò Gius Flaviano . E 'l dirubatore fu premiato coll' esser fatto Edile . Si avvidero dopo ciò i patrizj ed i Pontefici del pericolo , in cui era di perdersi il loro regno forense ; e furono solleciti a far inventare dai giurisconsulti e dai prammatici nuove formole più intricate . Per timore poi , che non venissero di nuovo a palesarsi , immaginarono di non farle scrivere per esteso , ma sotto note arbitrarie , e sotto studiate abbreviature , che non potessero intendersi se non dagli

(1) Pompon. L. 2. §. De orig. iur. Cic. erat. l. 41. Plin. H. N. XXXVIII. 1.

gli autori , e dai complici nel disegno (1) . Cominciarono a dettare così ai loro subalterni, addottrinati a posta , chiamando *Notarii* gli scrivani di note , e *Singularii* , e *Singulares* quelli di abbreviature , già in latino *Siglae* (2) . In questa riforta di formolarj, la cosa veramente fu portata all'eccesso , onde si cominciò a fregitare il nome dei giuriconsulti , che poi da Tullio per le affettate, ed inette loro ricerche , fu recato in oggetto di derisione (3) . Le nuove cure però dei patrizj , malgrado l'intrigo delle note , e delle abbreviature , furon frustrate per l'opera di Sesto Elio Cato , che nel 552. ruppe il segreto , e palesò tutta quanta era la confidenza . Egli incontrò somma grazia appò il popolo , ed oltre alla Edilità ottenuta , fece acquisto di un tanto buon nome , che da Ennio fu detto :

Egregie cordatus homo Catus Aelii Sextus (4).

Il processo civile formolario venne poi a cadere per le replicate abolizioni delle formole , fatte da Costantino il grande , da Teodosio , e da Giustiniano , come noi andando innanzi , rileveremo . E di tutto l'antico rituale non pas-

H 2

sa-

(1) *Ved. Cuiac. observ. 12. 40.*

(2) *L. 1. §. 7. Cod. de off. praef. praet. African. Ved. Scalig. in not. ad Manil. p. 187. Graev. ad Cicer. pro Mur. cap. XI.*

(3) *L. 2. D. de orig. iur. Cic. pro Muraen. XI.*

(4) *Cic. de Orat. I. 45.*

farono che pochi frammenti nella raccolta Giustiniana. Presso gli autori antichi però anche se ne trovano vestigie; che dopo il risorgimento delle lettere da molti dotti uomini si sono ricercate, e raccolte. Vinsero la cura di tutti gli altri in queste applicazioni il Modenese Carlo Sigonio, e'l Parigino Barnaba Brisson, dei quali il secondo è rinomato per la celebre opera: *De formulis & veteribus populi Romani verbis*. Non è che costoro fossero stati vaghi di andar dietro le formole, e le secche quistioni forensi, ma è che credettero con siffatte scoperte portare un lume ai responsi dei Giureconsulti, e rendere meglio intesa l'economia di tutta l'antica giurisprudenza. Nel libro V. dell' opera del Brissonio è registrato tuttociò, che concerne gli atti giudiziarij, e le azioni di legge. Or dietro le diligenze di questi raccoglitori, e colla scorta di ciò, che restò scritto Giustiniano nel libro quarto delle Istituta, si potrebbe in breve concepir tutto l'affare formolario forense dei tempi, dei quali discorriamo, nel modo, che siegue.

Nelle azioni reali, che derivavano dai quattro fonti del dominio, della eredità, della servitù, del pegno, poco variavano le formole, che tutte si concepivano coll' *ais meum esse*. L'azione reale, nascente dal dominio sulle cose mobili

HAEC REM = HUNC HOMINEM EX IURE QUIRITIIUM MEUM ESSE AIS; nelle cose immobili; FUNDUS QUI EST IN AGRO, QUI SABINUS VOCATUR EUM EGO EX IURE QUIRITIIUM MEUM ESSE AIS. Il ius

Qui

Quiritium importava già il diritto proprio dei cittadini Romani, in cui non potevano essere a parte i forestieri, e che in quanto al dominio, al dir di Ulpiano, si acquistava *mancipatione*, *usucapione*, & *in iure cessione* (1). Il reo in questi giudizj di revindica era colui che possedeva. E se egli voleva opporsi, anche per ragion di dominio, non eccezionava, ma *contravindicabat*, come dottamente spiega Giacomo Cuiacio (2), cioè anche egli agiva. Sicchè non si avvaleva della formola della eccezione, ma replicava: *ET EGO HUNC HOMINEM MEUM ESSE AIO* (3). Spessissimo accadeva, che in questi giudizj si facesse la disputa sul possesso, ed allora soggiungevasi: *EIUSQUE VINDICIAS MIHI DARI POSTULO*; e l' reo replicava: *EJUSQUE VINDICIAS MIHI CONSERVARI POSTULO*. Alle quali cose decretava il pretore: *QUI NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO POSSIDET, EI VINDICIAS DO*: (4) E con questa decretazione si apriva la strada all' interdetto, di cui si parlerà a suo luogo.

Nell' azione reale della petizione dell' eredità la formola era la stessa: *AIO HANC HEREDITATEM MEAM ESSE* (5). Per chi produceva la querela dell'

H 3

(1) *Hotom. voc. Ius Quiritium*.(2) *Cuiac. observat.*(3) *Sigon. l. 21.*(4) *Sigon. dict. loc.*(5) *Sigon. cod.*

dell' inofficiosità del testamento , che era una specie di petizione di eredità , nata dalla interpretazione dei prudenti , vi era la formola : CONQUEROR DE NON IURE FACTO, NEC SIGNATO TESTAMENTO .

Nelle azioni poi , che derivavano da servitù , e che consistevano nel vindicar cose incorporee, si poteva concepir la formola, o affermativamente, o negativamente: AIO USUMFRUCTUM FUNDI TUI, QUI EST IN AGRO SABINO, ESSE MEUM ; ovvero ; AIO IUS EX FUNDO TUO AQUAM DUCENDI ESSE MEUM ; o AIO IUS MIHI ESSE IRE AGERE IN FUNDO TUO (1), erano le formole dell'azion *confessoria*, affermativamente conceputa . Nella formola negativa : AIO TIBI IUS NON ESSE PARIETEM ITA PROIECTUM IN MEUM ME INVITO HABERE ; oppure , AIO TIBI IUS NON ESSE ALTIUS TOLLERE (2). La ragione , per cui nel vindicar le cose corporali non potevasi intentar la formola negativamente , come nelle cose incorporeali , è chiara dal rifletterfi , che nelle cose corporali colui solamente potea vindicare, che non possedeva; nelle incorporeali per lo contrario poteva agire anche chi possedeva, volendosi difendere dalla invasione altrui (3) . E qui allude il testo di Giustiniano, in cui si dice, che colui che possiede può agire *in rem* : e qui ancora è da ri-

fe-

(1) *Brissou. V. p. 476.*

(2) *Brissou. loc. cit.*

(3) *Ved. Sigon. de indic. l. 21.*

erirsi Teofilo nel §. 2. *inst. de act.*

L'azion *Publiciana*, anche reale, ma pretoria, portava la formola medesima: AIO HANC REM QUAM TU POSSIDES, MEAM ESSE. L'Einnuccio volle supplirla, aggiugendovi la causa della vindicazione: QUANDOQUIDEM (meglio avrebbe detto QUOD) EAM BONA FIDE E MI A L. TITIO, ET AB EODEM BONA FIDE TRADITAM ACCEPI (1). Già questa azione avea luogo nel caso, che si fosse perduta qualche cosa, che dietro un giusto titolo erasi consegnata *non domino, & non dum fuerat usucapta* (2). Sicchè l'eccezione era colla formola: SI EA RES POSSESSORIS NON SIT (3).

Finalmente l'azione, che nasceva dal pegno, anche pretoria; e non civile, cioè la *Serviana* e la quasi *Serviana*, avea alcune diversità, che credette di rilevare Barnaba Brissonio (4).

Nelle azioni pregiudiziali, che nel §. 14. *Inst. de act.*, si riducono a libertà, a cittadinanza, a ricognizione di parto, perchè anche reali, cominciava la stessa frase di asserire: HUNC EGO HOMINEM LIBERUM ESSE AIO; al che si rispondeva: ET EGO HUNC HOMINEM IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO = AIO MULIEREM HANC EX TE PRAEGNANTEM ESSE (5).

H 4

In

(1) *Heinsc. Antiq. Rom. IV. IV.*

(2) *L. ult. D. de publ. act.*

(3) *Briss. V. p. 382.*

(4) *Bisson. pag. 383.*

(5) *Sigon. l. 21.*

In quanto alle azioni personali poi, dette ancora *condictiones* (1), queste si concepivano, allegandosi il contratto o coll' *ex*, o verbiis causale, o col dirsi *NOMINE CONTRACTUS*, *AIQ TE MIHI MUTUI, COMMODATI, DEPOSITI, NOMINE DARE CENTUM OPORTERE*. *AIQ TE MIHI EX STIPULATU, LOCATO; DARE, FACERE OPORTERE*. Il reo nell'opporre l'eccezione replicava: *NEGO ME TIBI EX STIPULATU CENTUM DARE OPORTERE, NISI QUOD METU, DOLO, ERRORE OBDUCTUS SPOPONDI*, oppure: *NISI QUOD MINOR XV. ANNIS SPOPONDI*.

Le azioni, che nascevano dai contratti innominati, e da ogni convenzione, che avea causa senza nome, eran dette azioni *PRÆSCRIPTIS VERBIS*, o *ACTIO INCERTA, ACTIO INCERTI, ACTIO IN FACTUM* (2). In esse non vi erano formularj stabiliti, ma bisognava, che volta per volta dai giurisperiti quelli si componessero, coll'aver presenti le circostanze particolari del fatto, che si presentava. E qui allude quello, che Valerio Massimo rapporta del giurisperito Aulo Celsio, il quale non erasi potuto giammai determinare, *ut de aliqua earum rerum, quas triumviri dederant, formulam componeret* (3). Un esempio di queste formole per gli contratti innomi-

na-

(1) §. 15. *Inst. de act.*

(2) *L. 6. C. de rer. permut.*

L. 7. §. 2. D. de pact.

L. 13. §. 1. L. 22. fin. D. de præsript. verb.

(3) *Brisson. de form. L. V. pag. 355.*

neti ne somministra Carlo Sigonio : AIO TE MIHI TRITICUM, DE QUO INTER NOS CONVENIT, NON POLITA VESTIMENTA TUA, DARE OPORTERE (1).

Nelle azioni miste di famiglia, di division di comunità, e di regolamento di confini, si intentava così l'azione : AIO TE FAMILIAM DIVIDERE DEBERE, ET HOC NOMINE QUANTUM MIHI EX INVENTARIO DEBETUR, TE MIHI DARE OPORTERE = AIO RES COMMUNES DIVIDUNDAS ESSE, EOQUE NOMINE TE MIHI DIMIDIUM DARE OPORTERE = AIO FINES AGRI NOSTRI REGUNDOS, TEQUE, QUOD EX AGRO MEO PERCEPISTI, DARE OPORTERE (2).

Vi eran poi le azioni di buona fede, e quelle di stretto diritto. Queste seconde aveano la formola certa e determinata da ciò, che era in petizione. Nelle prime si distinguevano tre formole, perchè nei contratti consensuali per lo più si aggiugneva, prout ex fide bona, nelle fiducie dicevali, ut inter bonos bene agier oportet, ne propter te tuamque fidem frauder, finalmente nell'azione rei uxoriae si pretendeva quantum aequius melius (3). Quindi le formole erano : AIO TE MIHI DOMUM LOCASSE, TEQUE MIHI EX AQUO, ET BONO DARE FACERE OPORTERE, QUID QUID ALTERUM LOCATI NOMINE DARE FACERE OPORTET EX FIDE BONA (4). Di più : AIO ME TIBI PRAETER

DO.

(1) Sigon. de iudic. L. 1. 21.

(2) Sigon. nel detto Luogo.

(3) Cic. de offic. III. 15., & pro Rosc. IV.

(4) Val. Max. VIII. 2. 16.

DOTEM ET PATRIMONIUM MEVM DEDISSE, TEQUE
 MIHI, QUANTUM AEQUIUS MELIUS SIT, DARE OPORTE-
 RE. Di pidi: aio te mihi DOMUM ILLAM, QUAM TI-
 BI EMANCIPAVI, UT MIHI REMANCIPARES, UT INTER
 BONOS BENE AGIER OPORTET, NE PROPTER TE,
 TUAMEVE FIDEM FRAUDER, REMANCIPARE OPORTE-
 RE. AIO MAELVIUM MIHI EXHIBERE DEBERE, VEL
 QUANTUM AEQUIUS MELIUS MIHI DARE OPORTERE (1).



CA:

(1) *L. penult. §. ult. D. solut. matrim. Cic. Topic. XVII. Carl. Sigon. de indic. 1. 21.*

CAPITOLO TERZO.

*Del processo civile Romano ai tempi
del Pretore.*

Nell' anno di Roma 389 , o per la ragione da Pomponio addotta , che i Consoli erano distratti dalle guerre , e non potevano comodamente assistere al foro (1) , o perchè furon disgustati i Patrizj dal vedere poco innanzi fatto comune il consolato colla plebe (2) , si vide creare dall' ordine dei patrizj il pretore , magistrato , fatto a posta per l' esercizio della giurisdizione . Nella giurisdizione dei Consoli si era compresa non solo la facoltà di giudicare delle fortune dei privati , ma quella benanche di supplire cogli editti la legislazione , e di ristaurare quindi da volta in volta il diritto civile . Sicchè a ragione furon gelosi i patrizj , dopo ammessi i plebei al consolato , nel badare alla giurisdizione , e nel ritenere presso di loro entrambe queste cose , che avean formato la parte la più nobile della consolare potestà.

(1) L. 2. §. 37. D. de orig. iur.

(2) Liv. lib. 6. cap. ult. lib. 7. cap. 1. Thomas. lib. 1. nov. jurispr. 7. Lips. de magistr. c. X.

testa, creando dal loro ordine il pretore, unitamente per la giurisdizione, come se fosse un coadiutore, ed un collega dei Consoli (1). Se non che poi tutte queste cure ben presto andarono vuote, perchè pochi lustri dopo creato il pretore, e propriamente nel 416., questa carica fu anche comunicata colla plebe (2).

Il pretore nella prima istituzione fu un solo, e per molto tempo non ebbe compagni alla testa della giurisdizione. Poi, essendo cresciuta la gente in Roma, specialmente per lo concorso dei forestieri, nacque il bisogno di raddoppiarsi questa magistratura, veggendosi creati nel 510. due pretori, cioè uno per gli soli cittadini, detto *Urbanus*; ed un altro per gli forestieri, o per gli forestieri e cittadini, detto *Peregrinus* (3). Di questi due pretori, comechè fosse uguale l'autorità, per modo, che dal decreto di uno, si appellò poi all'altro (4); pure l'urbano era tenuto per più onorevole, e per eccellenza dicevasi *onorato* (5). La ragione era perchè egli trovavasi di più antica istituzione, o perchè conosceva delle cause dei soli cittadini Romani, o come sembra più verosimile

per.

(1) Liv. nel detto luogo Gell. XIII. 14.

(2) Liv. lib. VIII. cap. 15.

(3) Senec. de trag. vit. L. 1. cap. IV. L. 2. §. 28. D. de orig. iur.

(4) Caes. L. III. de B. C. n. 20. Paedrian. in verr. 3. pag. 101.

(5) Ovi. Fast. 1. vers. 52.

perchè giudicava secondo i principj del gius civile, quandocchè il pretore pellegrino dovea giudicare col diritto delle genti. Gli editti del pretore urbano certamente diedero essere a quella nuova parte del diritto, che venne a dirsi *ius honorarium*, a distinzione di quello che stabiliva il pretore pellegrino; essendo nettamente opposta l'obbligazione *onoraria*, nascente dall'editto dell'*urbano*, alla obbligazione naturale, che accompagnava le decretazioni del *pellegrino* (1). Molti altri pretori si videro quindi in Roma, dopo estesi i confini dell'imperio; ma questi non entrarono mai a prender parte nella giurisdizione, affidata ai due, *urbano*, e *pellegrino*. Chi di essi fu spedito per le provincie, chi restò in Roma per alcuni giudizj criminali, taluni furono addetti a presedere a varie cose pubbliche, ed altri ad altro (2).

Il pretore urbano adunque, chiamato a ragione l'unico custode civile dei beni, ed il legittimo discettatore delle fortune dei privati (3), fu colui, a cui si appartenne privativamente la giurisdizione, che prima dai Re, e poscia dai Consoli era amministrata. La *giurisdizione*, detta anche dai latini *prefettura*, *disquisi*.

(1) §. 1. *instit. de obligat. ed ivi i DD.*

(2) *Ved. Lips. de mag. vet. pop. rom. cap. X. XI.*

(3) *Cic. lib. XXXIII. de LL. cap. 3.*

fizione, effame, cognizione (1), si è sempre definita quella nozione che compete *iure magistratus*, colla potestà di decretare, e di eseguire (2). E' detta giurisdizione *a iure dicundo*, *sive reddendo*, e colui dicesi *ius reddere*, che ha la potestà legittima di troncare le controversie, e di stabilire qualunque cosa riguardi il diritto, e la giustizia, e farla eseguire. Or questa giurisdizione compete *iure proprio* al magistrato Romano, ed è così annessa, ed inerente alla sua carica, che non può darsi magistratura senza di quella (3). Chi dice però giurisdizione, dice anche imperio, con cui quella rege, e si fa rispettare, e senza cui languisce, e non opera (4). Questo imperio però non dee quì prenderli in veduta molto estesa, e basta, che sia determinato a quegli oggetti, che servono a difendere la giurisdizione, avendosi come parte di quella, e colla medesima confuso, e frammischiato; onde è che dai giurisconsulti è detto *imperio misto*, che colla giurisdizione si unisce, e si perde (5). Differisce da esso l'imperio

(1) *Plauto Cicerone ed altri presso Pollet. lib. III. cap. 1.*

(2) *Noodt. de iurisd. c. 1. Gentil. de iurisd. lib. 1. c. 1. Duaren. in tit. digest. de iurisd. Donell. de iur. civ. Lib. XVII. c. 6.*

(3) *Ved. Gentil. de iurisd. Lib. II. c. 1. 2. 3.*

(4) *L. ultim. D. de off. ei: cui mand.*

(5) *L. 1. 3. 4. D. de iurisd. L. cum praetor D. de iudic.*

gio mero, che non compete *iure magistratus*, ma viene *ex lege*, e non ha veruna mistura di giurisdizione (1). Questo imperio mero non fu mai presso il pretore urbano, come nè anche era stato presso i Consoli dopo la Legge Valeria, scrivendo nettamente Pomponio, che essi non potevano *animadvertere in caput civis Romani, iniussu populi* (2).

Mal si appone quì il grande uomo Francesco Polleto, il quale con un sistema tutto suo, ascrive al pretore il mero imperio; e da questo fonte deriva il più delle funzioni, che da lui si disimpegnavano. Egli si parte da questi principj. Dice, che non solamente dee riconoscere l'imperio mero nella potestà del gladio, ma ben anche in tutte quelle altre cose, nelle quali imperialmente, e senza cognizion si procede; secondo la *L. omnia quaecumque D. de reg. iur.* E poi assicura, che il dar l'azione, il giudice, la possession dei beni, i tutori, il mettere nel possesso, il funzionare nelle manomissioni, e nelle adozioni, il fare editti, il sottoscrivere i libelli, e altro, fu tutto non già di giurisdizione pretoria, ma sì bene d'imperio mero, che il pretore esercitava (3). Egli però, se lo permette, non la discorre bene. Primieramente per tutte quelle cose, che an-

no.

(1) *L. 3. de iurisd. L. 1. §. 1. D. de off. eius ec.*

(2) *L. 2. §. 16. D. de orig. iur.*

(3) *Ved. Pollet. Histor. For. L. III. cap. I. II.*

novera, tranne solamente gli editti, e le sottoscrizioni ai libelli; in tutto il resto vi è cognizione; e malamente egli confonde il dar la possessione dei beni col metter nella possessione dei beni. Si dava la possessione in forza dell' editto, e questa diceasi in legge possessione EDITTALE, si metteva nella possessione per via di decreto, e questa diceasi in legge possessione DECRETALE (1). Or nella prima vi è minor cognizione, cioè tanta, quanta occorre per verificare, se il caso, che si presenta, sia nei termini dell' editto: nella seconda poi vi è benissimo tutta la cognizione, perchè vi è decreto; come sarebbe nella Carboniana, che non si accorda, se non *pro tribunali, & causa cognita* (2). E Ulpiano nettamente dice, che il dare il giudice, e 'l mettere nel possesso dei beni sia di giurisdizione (3): nè importa, che egli spieghi, che il mettere nel possesso sia più di impero, che di giurisdizione; imperciocchè con questo appunto vuol significare, che in quell'atto vi sia giurisdizione, quantunque vi campeggi più l'aria dell'impero (4).

Poi

(1) L. 1. §. . . D. *si tab. test. nul. exst.* L. 1. §. *decretales* D. *de succes. edit.* Ved. Gentil. *de iurisd.* lib. 1. cap. 21. 22.

(2) L. 2. §. *dies* D. *quis ord. in bon. poss.* L. 1. *in princ.* D. *de Carbon. edit.*

(3) L. 1. c. 3. 4. D. *de iurisd.*

(4) Ved. Donell. *de iur. civ.* XVII. VIII. §. XI. Gentil. *de iurisd.* lib. 1. cap. VI.

Poi la teoria di Polleto, che nell' esclusione della cognizione ripone tutto l'essere del mero imperio, nemmeno rege a martellio. Non è questa certamente la sola caratteristica, che diffinisce l'imperio mero. Già anche nel mero vi è la cognizione, non potendosi giammai stabilir pena senza esame, nè potendosi condannare senza sentire (1). Solamente non vi è nel mero quella cognizione, che nell'esercizio della giurisdizione concorre; e perciò è detto imperio mero, perchè non misto, cioè di cognizione tutta particolare, pura, e niente partecipante di giurisdizione (2). A buon conto nella giurisdizione prima si guarda la cognizione, e poi l'imperio, che tanto s'impegna, quanto la giurisdizione richiede, e perchè la cognizione ha la parte più decisiva, perciò a lei si fa servire l'imperio, e dicesi *misto imperio*, e non *mista giurisdizione*: nell'imperio mero poi la cognizione fa da pedissegua, e tanto si adopera, quanto all'imperio occorre, e perchè le prime parti son dell'imperio, perciò in quello si fa posa, e si chiama *mero imperio*; quasi puro, e non bisognevole di quella cognizione, che potrebbe risvegliar l'idea della giurisdizione.

Del resto vi è di vantaggio, e di più momentoso. Il mero imperio non solo esclude la

Tom. I.

I.

cap.

(1) *L. Absentem D. de poenis.*

(2) *Ved. Danell. de iur. civ. L. XVII. cap. VIII. §. XXI.*

cognizione, come dice Polleto, ma non può competere, se non *ex lege*, ne viene a chi l'esercita *iure magistratus* (1). Or dica Francesco Polleto se in una soltanto delle cose da lui allegate, come figlie dell'imperio mero, ebbe mai bisogno il pretore di una legge particolare, che lo abilitasse; o pure in tutte quante sono, procedette sempre egli *iure sui magistratus*? Ma come va, che in parecchie di quelle funzioni si vede più l'aria di un magistrato, che comanda, che quella di un magistrato, che conosce? Eccolo: E' quello appunto l'imperio misto, che là è in azione, e produce quel risalto, che inganna; e fa vedere il mero. Ogni imperio consiste nella potestà di comandare, e di far eseguire (2). Nel mero questa potestà maggiormente riluce, perchè ha oggetti non limitati, e più rilevanti, ed ha mezzi di maggiore efficacia, essendo diretta, secondo la frase del Noodt, *ad vindicandam Reipublicae maiestatem*. Nel misto questa potestà sembra inferiore, perchè ha mezzi meno violenti, ed è definita da quei soli oggetti, che rendono salva, ed operativa la giurisdizione, essendo diretta, secondo lo stesso ottimo Autore, *ad regendam privatorum utilitatem* (3). Dunque in
for.

(1) L. 13. D. de iurisd. L. 1. §. 1. D. de off. c. eius ec.

(2) L. 2. D. de in ius voc. L. ult. D. de offic.

(3) Noodt de iurisd. I. IV.

forza di imperio sì, ma di misto imperio, si fa tutto quello, che sembra imperialmente disposto dal magistrato civile per diritto suo proprio, affine di difender la giurisdizione. Ed in questo senso è scritto, che a chi si dà la giurisdizione, si dà l'imperio, e a chi dà si l'imperio, si dà la giurisdizione (1).

Il fare editti in persona del pretore Romano, era anche di misto imperio, come fu in persona dei Consoli, che prima di lui ebbero la giurisdizione; per cui negli editti non si potevano stabilir pene capitali, nè altre affittive di corpo (2), ma semplicemente si minacciavano pene pecuniarie, dirette a sostenere la giurisdizione (3). Dice Polleto, che lo *edicere* sia *iura generalia sancire, & non dirimere privatorum controversias* (4). Ma egli particularizza assai nel dare il significato a questa voce. Lo *edicere* importa ancora il *predicare*, ed il *denunciare* (5); per cui editti si dissero eziandio le minacce, che dai magistrati si facevano alle persone, che non si recavano alla loro ubbidienza (6). Appunto in due maniere il pretore edi-

(1) Ved. Noodt. *de iurisd. lib. 1. cap. IV.*

(2) *L. ultim. D. de offic. eius L. 3. D. de iurisd.*

(3) *Theoph. in tit. instit. de publ. iud. Ved. Gentil. de iurisd. L. 1. cap. IV.*

(4) *Pollet. lib. III. cap. II.*

(5) *Hotom. alla voce edicere.*

(6) *L. 68., & segg. D. de iudic.*

cebat, I. col significare nel principio dell'anno tutto ciò, che nel corso della magistratura era egli per fare *in iure dicundo* (1): II. col prefigere, e palesare la pena ai rei assenti, e contumaci (2). Entrambi questi stabilimenti pretorj si proponevano al pubblico nell' Albo, o in tavola, o in pariete biancata, com'è controvertono gli eruditi, a giusta altezza, donde commodamente si potessero osservare (3). Nei primi di effi è vero, che si facevano dei provvedimenti generali, che sapevano affai di legge (4); e specialmente quando erano *tralatizj*, che portavano l'obbligo dell'osservanza dall'un pretore all'altro: ma questo non persuade, che debbono quelli averli per figli del mero, e non del misto imperio. L'affare è da prendersi dal suo principio.

In Roma nei primi tempi, quando il tutto si regolava a mano dal Re, cogli editti si dirigeva il politico, e l'economico. Ai tempi dei Consoli, che rappresentarono al vivo i Re, essendo la legislazione ancor dubbia, seguiva ad essere ajutata, e supplita dagli editti. Or fin quì lo *edicere* era *generalia iura sancire*, e po-

(1) *Cic. de finib.* 11. 22. *Verr.* 1. 42. *L.* 2 §. 10 *D. de orig. iur.*

(2) *L.* 68. e segg. *D. de iudic.*

(3) *Apud forum palam, unde de plano recte legi potest.* Ved. per questa formola *Cuiac. obs.* VII. 29.

(4) *Cic.* li disse *Lex annua*; *verr.* 1. 42.

poteva spesso venire da mero imperio, perchè avea oggetti indistinti, e non definiti dalla causa della giurisdizione. Allorchè poi si deliberò dalla potestà consolare la giurisdizione, e si fece propria del pretore, venne al pari di essa al pretore stesso la facoltà di *edicere*; però siccome non passò essa illimitata, ma definita dal solo oggetto della giurisdizione, e quasi in suo corteggio, così altra ragione non trovò nel pretore, che la esercitava, se non quella del misto impero. Nè imbarazza punto il riflettere, che il pretore con questi editti suppliva, e talvolta corregeva il gius civile, cosicchè poi dagli editti stessi nacque un nuovo fonte di diritto, chiamato *gius onorario*; imperciocchè niente impedisce il dire, che in origine questa sorte di diritto nacque da misto impero. Il pretore *in iure dicundo*, & *vi mixti imperii* ad alcuni, che non potevano essere eredi, dava cogli editti la possession dei beni (1), dava l'azione *recettizia*, e di pecunia *constitutæ* (2), permetteva, che colle eccezioni del patto, e del dolo malo si elidesse il diritto, e altro. Questi editti cominciarono a far esempio, e poi a far regola, da cui perchè alle volte gli stessi pretori per mal talento si partivano, vennero i decreti del Senato, e poi la legge Cornelia, che ne impose la perpetua

(1) §. 1. *Inst. de bonor. posses.*

(2) L. 2. C. L. 1. §. 1. L. 16. §. 2. D. *de const.*

osservanza (1). L'origine fu dunque dal misto impero: poi l'essere gli editti elevati al pari della Legge fu della potestà legislativa, che adottò il fatto del Magistrato, e lo fece suo proprio.

Se non che: come vuol più contraddire Francesco Polleto, dopochè egli stesso confessa, che i Tribuni della plebe, e gli Edili curuli anche facevano editti (2)? Or se gli editti, secondo lui, doveano discendere dal mero imperio, certamente cotesti magistrati non potevano esserne autori; da che è sicuro, che nè gli Edili curuli, nè i Tribuni della plebe ebbero giammai imperio (3). Volle dire a questo proposito l'Einneccio, che non già l'imperio dava essere agli editti dei magistrati Romani, ma il loro *onore* che veniva dalla carica (4). Ma egli poteva avvertire, che chi dice onore, dice niente altro che magistrato, essendo la magistratura appunto una sorta del pubblico onore (5); e chi dice magistrato, in quanto alla facoltà legale, dice egli un uomo
ono-

(1) *Ascon. Paedian. in argum. Orat. pro C. Cornel. Dion Cass. lib. XXXVI. p. 19.*

(2) *Pollet. lib. 111. cap. 11.*

(3) *Gell. lib. XIII. 12. Liv. Lib. II. cap. 52.*

(4) *Heinnec. hist. jur. Rom. Cap. III. §. 61: in not.*

(5) *Vid. Lips. de Magistr. veter. pop. Rom. cap. 1.*

onorato a presedere *iuri dicundo* (1); val quanto dire risveglia l'idea della giurisdizione. Sicchè non già l'onore, ma la giurisdizione, ed in essa il misto imperio, fu il fondamento degli editti dei magistrati Romani. In quanto agli Edili curuli, costoro ebbero sibbene giurisdizione nelle cose, che appartenevano alla loro magistratura, e colla giurisdizione ebbero il misto imperio, per cui imponevano le pene pecuniarie, e facevano editti (2). In quanto poi ai Tribuni della plebe, non vi ha dubbio, che essi secondo la loro istituzione non avevano facoltà di fare editti, ma non vi ha dubbio ancora, che tanto questa facoltà, quanto diverse altre cose, che loro non competevano, vennero poi essi ad arrogarsi, col pregiudicare ben' anche ai dritti degli altri magistrati. Gli abusi non corretti, ed autorizzati col silenzio operano spesso, che *facta teneant, quae fieri prohibeantur*. Ma basti così.

L'imperio misto adunque, confuso colla giurisdizione, appartenne unicamente al Pretore *iure magistratus*; e con esso, oltre alle cose testè dette, egli praticava le modiche coercizioni, fra le quali le principali erano la imposizion della pena, la presa del pegno, ed il trat-

I 4 . . .

te.

(1) *Dion. Lib. 53. L. unic. ff. de vi pub. Vid. Lips de Magistr. cap. 23.*

(2) *L. 9. §. 6. ff. ad L. Iul. pecul. Vid. Genet. de iurisd. 1. cap. VI.*

tenimento del corpo (1). Più: anche la ~~trala-~~ zion del possesso, che avea luogo tra i presenti, ed era causata o dal mendacio di chi negava di possedere, o dalla contumacia di chi sfuggiva di dar la malleveria (2), il sequestro, la mano militare, la dinegazion della giurisdizione, il divieto dell'avvocheria, ed altro (3).

In quanto alla giurisdizione poi, questa, o si esercitava sopra le persone, che senza contendere volontariamente adivano il magistrato, o si esercitava in atti litigiosi; per la qual cosa fu poi distinta in giurisdizione *volontaria*, e *contenziosa* (4). Alla giurisdizione *volontaria* appartenevano tutti gli atti legittimi non contraddetti, che per lo solo solenne desideravano l'autorità del magistrato, e di questi ve n'erano di due forti. Alcuni atti richiedevano la sola approvazione pretoria, senza cognizione di causa: altri col permesso pretorio portavano anche la cognizione. Nelle adozioni, nelle manomissioni, nelle emancipazioni, e nella agnizione della possession de' beni non vi era altro che l'approvazione del Pretore, a cui se ne passava per formalità l'avviso, e da cui senza impegno di cognizione, si impartiva autorità. Così
di,

(1) *Vide Gentil. de jurisd. lib. cap. XXV.*

(2) *Gentil. de iurisd. lib. 1. cap. VI.*

(3) *L. 2. D. de off. procons. & legat.*

(4) *L. 2. D. de adopt. princ. instit. cod. §. Preterea instit. quib. mod. ius patr. pot.*

dicesi, che l'adozione, la manomissione, e l'emancipazione si celebravano coll' autorità del magistrato *apud prætorem*; e si confessano di volontaria giurisdizione (1). Nell'agnizione è scritto, che interveniva il pretore a solennizzare l'atto, il quale dicesi di dritto privato, e dell' ufficio del *gius dicente*; e sappiamo, che appena chiesta questa agnizione, senza indagine si accordava (2). In altri atti poi il pretore procedeva con cognizione di causa, come nelle transazioni sugli alimenti lasciati col testamento, nelle quali *causa cognita* impartiva autorità (3): nelle vendite de' fondi pupillari, dove si accordava il *liceat*, dopo esaminata l'espedizione dell'atto (4): nella manomissione fatta dal minore, a cui non si prestava il pretore, prima di vedere se convenisse (5).

Alla giurisdizione contenziosa poi, che riguardava i giudizj pecuniarj, ed i civili, si appartenevano tutte le azioni, e le stipolazioni pretorie, che si rammentano nella Legge *actionis*
D.

(1) L. 2. D. de adopt. princ. inst. eod. §. præterea Inst. quibus modis ius ec. L. 2. D. de offic. procons.

(2) Vid. Donell. de iur. civ. lib. XVII. cap. VIII. §. IX.

(3) L. cum hi in princ. §. ultim. D. de transact. L. de alimentis C. eod.

(4) L. 1. D. de reb. eor. qui sub tut.

(5) §. Eodem, & §. ultim. inst. quib. ex caus. manum. non lic.

D. de obligat., & aff... Or in quanto a questo contenzioso, che formava il soggetto principale del processo civile, egli è detto, che la giurisdizione pretoria tutta era spiegata in quelle tre parole, *do, dico, addico* (1). Egli dava l'azione, l'eccezione, il giudice, o il recuperatore, o l'arbitro, il possesso de' beni, ed altro: egli diceva, allorchè pronunciava decreto, e risolveva tutto quello, che era della potestà del *gius dicente*, al che anche riferivasi l'interdetto: egli finalmente *addiceva* nelle esecuzioni del giudicato, o nelle cessioni *in iure*, o in altro, che importava compimento di giustizia (2). Tanto il *dare*, quanto il *dicere*, e lo *addicere* additavano il *lege agere*: e col primo si dava moto alle azioni, col secondo quelle si decidevano, col terzo si eseguivano. Il pretore non giudicava, ma *jus dicebat*, cioè o decretava, o dava il giudice (3). Il decreto importava il comandare *cognoscendo* (4). O dunque la causa si decideva da lui all'intutto, e col decreto andava a finire: o si commetteva al giudice; ed il giudice non decretava, perchè non avea la potestà di comandare, ma semplicemente giudicava, cioè vedeva la giu.

(1) *Ovid. Fast. 1. vers. 47. seqq. Var. de leg.*

J. 4.

(2) *Ved. Hotoman. comment. verb. iur. voc. do.*

(3) *Ved. Noodt. de iurisd. 1. cap. V.*

(4) *Ved. Gentil. de iurisd. cap. XXIX.*

giustizia delle cose contraddette, ed a suo giudizio dava il sentimento. Quello però, che facevasi innanzi a lui, non era *lege agere* (1). Or chiunque voleva *lege agere*, costui dovea adire il pretore, e *postulare*. Si *postulava* l'azione, e tutto l'altro, che veniva sotto il *do*: si *postulava* il decreto, ed il giudice, che veniva sotto il *dico*: e si *postulava* l'aggiudicazione, e l'altro, che veniva sotto l'*addico*: e generalmente tutto quello, che dal pretore si chiedeva *ut lege ageretur*, si diceva *postulari* (2). Era più d'imperio, che di giurisdizione il *dare*, era più di giurisdizione il *dicere*, e di nuovo era più d'imperio lo *addicere*. Or dove più campeggiava la giurisdizione, ivi era la cognizione della causa, la quale non poteva aver oggetto di liquidazione di fatto con fatto, ma solamente di conciliazione di fatto col diritto, altrimenti non sarebbe stato vero, che *lege agebatur*. Sicchè nelle cause di pure quistioni legali, dove il fatto era certo, decideva il pretore, e decretava; come anche ne' casi, ne' quali *de bono, & aequo disceptaretur*; ma sempre col fatto certo in veduta (3). Dove poi il fatto era dubbio

(1) *Cognitionis autem eiusmodi est ingenium, ut nihil praeter causae aequitatem desideret. Egregiamente il Polleto III. 3.*

(2) *Ved. Briffon. de formul. pag. 352. Sigon. de iudic. lib. II. cap. IX. Raevard. ad L. 203. §. 1. D. de reg. iur.*

(3) *Vedi Noodt de iurisd. 1. cap. VIII.*

bio, ed avea bisogno di liquidazione, il pretore non decretava *decidendo*, ma decretava, dando il giudice, che dovea riscontrare il chirografo, sentire i testimonj, e fare il resto, che alla liquidazione del fatto apparteneva. *Quid? praetor solet iudicare deberi?* si legge presso Cicerone (1); dove si allude appunto all'ufficio del giudice, diverso dalla cognizione del pretore, nel decidere il *deberi*, ch'è causa di fatto. Infatti non conoscendosi dal giudice, se non del fatto, innanzi a lui *non lege agebatur*. Il giudicare allora era delle persone private, che non potevano *ius dicere*; il decretare poi, cioè il comandare *cognoscendo*, e *ius dicendo* era del Magistrato (2).

Ora per quello, che riguarda il decreto, questo per qualche tempo fu profferito dal solo pretore, che fu detto il legittimo discettatore delle fortune dei privati. Poi si pensò a fare assistere il pretore da altri, in qualità di affessori, i quali sedevano alle sue spalle (3); e gli servivano di consiglio. *Frequenter egi, frequenter in consilio fui*, scrive Plinio (4). Questi consiglieri furono

no

(1) Cic. ad Q. Fratr. lib. 1. epist. 2.

(2) L. penult. D. de instit.

L. 10. Quod quisq. iur.

L. si praetor D. de iudic.

L. 3. D. de bon. possess.

(3) Suet. vit. Tiber. XXXIII. Ammian, Marcell. XXVIII. in fin.

(4) Plin. epist. 1. 20.

no i *Decemviri stlitibus iudicandis*, composti da cinque senatori, e cinque cavalieri (1). La creazion di costoro si riporta all' anno di Roma 467., sebbene Giacomo Revardo pretenda sostenere un' epoca più antica (2). E la sua opinione dee essere più plausibile per questo special motivo, perchè più accosta al tempo, quando furono ammessi alla pretura i plebei. Sembra in verità, che i patrizj si dessero allora da fare per non lasciar la cognizione civile al solo pretore plebeo, e stimassero di trovar persone, che *praeessent bastae*, come dice Pomponio (3). Questo giurisperito chiama i Decemviri col nome di magistrati, non altrimenti, che fa Cicerone (4). Essi però non erano magistrati, ma abusivamente potevano esser così detti per la ragione, che concorrevano col loro sentimento al decreto del pretore, per modo che insieme col pretore risolvevano, ed aveano parte nella decisione (5).

L' asta, a cui presedevano i *decemviri* era l' asta pretoria. Lo dice nettamente Pomponio: *Deinde cum non esset magistratus qui bastae praeesset, Decemviri stlitibus iudicandis sunt constituti* (6). Suppone in vero quì il giurisperito che l' asta
già

(1) L. 2. §. 29. D. de orig. iur.

(2) Ved. Raevard. protrib. cap. XIX.

(3) L. 2. §. 29. D. de orig. iur.

(4) Ved. Pitisc. voc. *Decemviri stlitibus iud.*

(5) Ved. Giac. Revard. protribunal. cap. XIX.

(6) D. L. 2. §. 29.

già era in essere, e testifica che fu creduto di necessità il costituire un magistrato che a quella presedesse. In fatti i Decemviri non ebbero mai asta particolare, checchè si opini da parecchi dotti uomini; ed è da notare quello che ne scrisse Samuel Pitisco (1). L'asta a cui essi presedevano, era l'antica asta pretoria. Sappiamo che le insegne del pretore furon due, l'asta, ed il gladio, e colla prima si indicava la sua giurisdizione (2). Ulpiano restò scritto, che il cieco ad entrambi gli occhi era proibito dal poter postulare, *quia insignia magistratus videre & revereri non poterat* (3). Appunto, essendo passata al pretore la giurisdizione, passò con essa anche l'insegna, cioè l'asta, che un tempo appartenne ai Re. E quest'asta fu quella, che sotto gl'Imperadori si mutò nello scettro di avorio, come osserveremo,

L'asta pretoria poi non è da confonderli coll'asta *centumvirale*, che si erigeva in quei giorni, nei quali si congregavano i *Centumviri*. Questi ultimi prima del 513. di Roma non si trovano menzionati, ed è credibile, che allora, dopo creato di recente il pretore pellegrino per la moltitudine delle persone, e delle gravi liti si stabilissero (4). Essi erano scelti da

(1) *Pitisc. lexic. voc. Decemviri flit. iudic.*

(2) Vedi *Cyprian- epist. lib. 11. Senec. de brev. vit.*

(3) *L. 1. §. 5. D. de postul.*

(4) Son da vedersi le autorità recate insieme dal Pitisco, *Lexic. voc. Centumvir.*

da tutte le tribù, al numero di tre per ognuna, non sapendosi di preciso, se con distinzione di ordini, o senza, ed arrivarono fino al numero di 180. (1). Il pretore insieme coi *Decemviri* presedeva al loro giudizio, come dottamente scrive Noodt (2). Essi venivano chiesti dai litiganti, ed il solito era, che si concedessero nelle cause gravi di articolo legale, ed in quelle dove giocar dovea l'equità. Cicerone lasciò un elenco di tali cause, che noi rapporteremo (3).

I Centumviri sedevano nelle basiliche, e non giudicavano a cielo scoperto; onde *lites basilicanæ* a defferenza di quelle dette *lites subdiales*. Sul foro romano vennero col tempo innalzate queste fabbriche fastose, cinte di grandiosi portici, che si dissero *basiliche* dal greco, e che noi diremmo *regie*, o *palazzi*. Alficura Vitruvio che da una parte di esse si trattavano i giudizj, e da un'altra si disbrigavano differenti affari (4). Il numero delle medesime si fa ascenderè da Publio Vittore fino ad undici (5): e sappiamo che le più celebri furono la Basilica Porcia, la Fulvia, l'Opimia, la Giulia ec. (6).

In

(1) *Plin. lib. VI. ad Roman.*

(2) *Noodt. de iurisdic. cap. XII.*

(3) *Cic. de orat. lib. 1.*

(4) *Vitruv. lib. 5. vid. L. Pediculis §. 3. de aur. & arg. legat.*

(5) *P. Victor. lib. de Urb. Rom. region. & loc.*

(6) *Pollet. 1. 2.*

In queste basiliche, allorchè si congregavano i Centumviri, si ergeva l'alta in legno particolare della venerazione, in cui era il loro giudizio; imperciocchè quantunque fosser essi giudici privati, che dal pretore si davano, il loro giudizio però avea aria di giudizio pubblico, e riscuoteva della venerazione straordinaria (1). In quattro tribunali essi si dividevano; e tutti insieme della cosa stessa con i Decemviri, e il pretore alla testa, decretavano (2).

Per quello poi, che appartiene all'ordine dei giudizj, ed al processo civile, serbato innanzi al pretore, dietro lo stabilimento delle dodici tavole, le specolazioni dei giuriconsulti, e l'ordine degli editti pretorj, egli è da premettere, come appò i Romani, innanzi di dar passi giudiziarij, fu sempre in costume di avvisare stragiudizialmente il debitore, o il possessore, perchè colle buone pagasse, o restituisse la cosa in oggetto (1). E questa parte più ufficiosa, che legale veniva significata col verbo *appellare*, *admonere* (2). Dopo la risorta delle lettere
al-

(1) *Ved. Pitisc. voc. Centumviri.*

(2) *Pollet. p. 292. Noodt. I. 12.*

(1) *Nonne si quid in controversiam veniret, aut intra parietes, aut summo iure experiretur. Cic. pro Quint. cap. . . .*

(2) *Tunc appellat ultro Naevium, ut quoniam suspicaretur aliqua de re fore controversiam, videret, quamprimum, & quam minima cum molestia tota res transigeretur . . . Quem nunc inter-*

alcuni eruditi vollero credere, che la *conventio*, e la *denunciatio*, espresse entrambe in alcuni luoghi del Digesto, e del Codice (1), fosserò appunto quelle mosse stragiudiziali, che nei tempi dopo vennero sotto i verbi *insinuare*, *intimare*, anche nel Codice menzionati (2). Sarebbe da vedersene Francesco Ottomano (3). In queste trattative amichevoli si adoperavano gli amici comuni degli interessati, i quali mediavano la loro efficacia privatamente, esaminando, e discestando, onde eran detti *domestici disceptatores* (4): e riuscendo colle buone a comporre la controversia, mettevano in essere quella transazione, che da Ulpiano si definì una convenzione di cosa ambigua, a fine di evitare la futura lite (5). Se poi non riusciva di comporre

Tom. I.

K

re

verficere nefarie cupis, eum tunc prudenter appellare nolebas . . . credo hominem propinquum, maiorem natu nolebas, aut non audebas appellare. Cum tibi quotidie facultas esset admonendi hominem, verbum nullum facis, biennio iam confectò fere appellas. Cic.

(1) L. 7. D. de inoff. test. L. 8. C. de bon. lib. L. 10. C. de pignor.

(2) L. 2. D. Si ex plur. tutor. vel curator.

(3) Hottoman. de lite ordin. observat. 1. cap. 1.

(4) Ea iudicio, quae distrahendarum controversiarum causa reperta sunt, persaepe disceptatore domestico disceptantur. Cic.

(5) L. Transactio 3^a. D. transactionibus.

re gli animi, allora si andava in gius a postulare (1).

Per lo *in iure* intendevano gli antichi non solo il Tribunale Pretorio, ma ogni altro luogo, dove il magistrato sedesse, *iuris reddendi causa*. In fatti il pretore in due maniere si prestava alle postulazioni, o cioè dopo aver montato il tribunale nel giorno alle postulazioni addetto, o *de plano*, o *sella extra ordinem posita* (2). Bisognava, che dietro a lui sempre si trasportasse la sedia curule, perche ad ogni bisogno, anche fuori del tribunale, gli venisse recata, ed egli sedendo rispondesse *de iure* (3); per cui il conoscere *de plano*, ed il conoscere *sella posita* era lo stesso (4). Anche in casa poteva così fattamente il pretore prestarli, e mentre camminava per la piazza: e sempre si verificava, che *in iure* facevasi la postulazione (5).

Le

(1) *Cum res peragi intra parietes nequivisset ventum in ius est. Cic.*

(2) *L. 2. D. quis ord. in bon. poss. serv. L. 18. in fin. de quaest. Et coelo impostius intelligit, cum sellam, aut tribunal ascenderit. Senec. epist. lib. 1.*

(3) *Sella eburnea posita, ius dicebat, disceptabatque controversias minimarum rerum. Liv. lib. 14.*

(4) *Ved. Giacom. Revard. protrib. cap. VII.*

(5) *Ius cum solum locum esse, ubi iuris dicendi, iudicandive gratia magistratus Pop. Romani vel praefides provinciarum consistunt, etiam si domi, vel in itinere hoc agant L. 4. D. de interrog.*

Le cause però, che ammettevano questo disor-
gno, erano quelle, che cominciavano, e finivano
col libello, e colla sottoscrizione pretoria, nè
avevan bisogno di cognizione, nè di decreto (1).
In queste appunto il pretore non *decrevendo*,
ma *subscribendo*, in forza del misto impero,
risolveva (2); onde è, che in legge sono op-
posti il decreto, ed il libello (3), il libello,
ed il tribunale (4), ed il libello, e la cogni-
zione (5). E generalmente si trova la teoria,
che tutto ciò, che avea bisogno di decreto,
e di cognizione, non si poteva spedire col li-
bello.

La formola del libello, di cui parliamo, che
poi dai forensi venne a dirsi libello *convenzio-
nale*, per farlo differire dal *supplicabile*, e dal-
lo *accusatorio*, non s' incontra negli antichi
monumenti. Se, possiamo semplificarla, con
quella del libello accusatorio, di cui si ha la
formola nella L. 3. *prin. D. de accusat.* (6),
K 2

(1) L. 15. D. de in ius vocando. L. Omnia que-
cunque D. de r. i.

(2) L. 20. D. ad L. Cornel. de falsis.

(3) L. 9. §. 1. D. de offic. proc. L. 6. C. de
praed. & a' iis reb. mun.

(4) L. 2. C. Quemad. test. oper.

(5) L. 71. D. de reg. iur.

(6) *Libellorum inscriptionis conceptio talis est:*
Consul, & dies. Apud illum praetorem vel pra-
consulem Lucius Titius professus est, se Maeviam
le-

dobbiam dire che in questo libello convenzionale dovea precedere la data del giorno , e del Console , per doverfi attaccare la narrativa , e quindi passarsi alla postulativa . Anche un lume possiamo ritrarre dal libello *supplicabile* , prodotto all' Imperadore Antonino Pio , e riferito nella *L. 9. D. de Leg. Rod.* ; dove con quest' ordine pare che le cose si disponessero (1).

Abbiamo , che le cause delle allegazioni delle scuse dei tutori si impedivano col libello (2): Le cause degli alimenti , cui *constituerentur* , anche *de plano* , e col libello si disbrigavano (3). Questa cognizione fu detta *planaria* : Ed eisa è , che si menziona nella *L. 4. Cod. de dilat.* , dove i Dottori del secolo quarto decimo per errore lessero *plenaria* . Si poteva fare questa cognizione in tutti i giorni , o che fossero di postulazioni , o che fossero di cognizioni . Però se dalla lettura del libello appariva , che l' affare richiedesse cognizione , e decreto , allo-

ra -

lege Julia de adulteriis deferre ; quod dicat eam cum Alcio Seio in Civitate illa , domo illius , mense illo , consulibus illis adulterium commisisse
L. 3. princ. D. de accusat.

(1) *Domine Imperator Antonine , naufragium in Italia facientes , direpti sumus a Publicanis Cyades insulas habitantibus* *L. 9. D. de leg. Rhod.*

(2) *L. 13. §. 10. D. de excusat. tutor.*

(3) *L. Si quis a liberis §. Si vel parens D. de agnosc. lib.*

ra si sospendeva, e si differiva per' lo luogo, e tempo opportuno.

Ma per venire al processo civile dei tempi del pretore, ed alla tessitura degli atti legittimi, dei quali costava, egli è da distinguere tre parti essenziali di quel giudizio. Vi erano gli atti preparatorj al giudizio, gli atti del giudizio, e quelli dell'esecuzione del giudizio stesso. Già il giudizio qui è da prendersi nel suo significato esteso, cosicchè abbracci ogni sorta di giudicato, non meno quello dei giudici, che dei magistrati. Badavano assai i Romani a ben preparare il giudizio, per modo, che non s' intraprendesse temerariamente, e badavano anche assai alla esecuzione del giudicato, ed a renderne rispettose tutte le conseguenze. Gli atti preparatorj cominciavano dalla vocazione in *iur*, e terminavano nella contestazion della lite. Gli atti del giudizio contenevano il merito della difesa dell'attore, e del reo, appoggiato alle prove scritturali, testimoniali, e congetturali, ed il decreto del magistrato, o la sentenza del giudice. Gli atti finalmente di seguela del giudicato, erano i beneficj delle restituzioni le aggiudicazioni, ed altro.

Si cominciava dalla vocazione in *iur* (1). Il

K 3

uo-

(1) *Omnium autem actionum instituendarum principium ab ea parte edicti proficiscitur, qua praetor edicit de ip iur vocando. §. ult. instit. de poen. rem. litig.*

vocare non era atto, ma una preparazione a compier l'atto *in iure*. Si dovea *vocare* nei giorni non solamente fasti, ed interdicti, o prima, o dopo il sacrificio, ma nei giorni delle postulazioni. Egli è da avvertire, come indipendentemente da quello, che nel calendario era fissato per la destino dei giorni dell'anno, il pretore urbano in un certo tempo dell'anno stesso intimava un *convento*, di cui parla specialmente Teofilo (1), nel quale dopo aver numerati tutti i giorni, che egli destinava a dover sedere, detti *dies sessionum*, fissava fra quelli alcuni per le postulazioni, altri per le cognizioni. (2). Regolava egli in modo questa distribuzione, che dopo il giorno delle postulazioni, lasciava correre un altro giorno libero per altri affari; e poi attaccava quello delle cognizioni, il quale era sempre il *perendino*, cioè il terzo dopo quello delle postulazioni (3). Per la qual cosa, siccome l'atto della vocazione in *gius* avea in oggetto la postulazione dell'azione, così non poteva compiersi, se non nel giorno delle postulazioni. L'ora del foro era la terza della mattina. I Romani prima delle dodici tavole non

avean

(1) *Theophil. ad §. 11. inst. qui & quib. caus. manum. non poss.* Suet. in *Jul. cap. VIII.*

(2) *Ulpian. L. 2. D. quis ord. in bon. poss. serv.*

(3) *Macrob. Saturnal. l. 16. Raevard. protrib. cap. XX.*

avean conosciuto orario, ed altro non avean distinto, che il far del giorno, il meriggio, ed il metter del sole (1). Poi col frequentare nazioni più colte, adottarono l'oriuolo a sole, e quindi anche quello ad acqua, coll' uso delle clepsidre con cui distribuivano le ore (2). Alla terza dunque della mattina il pretore faceva avvertire dal suo *accenso*, che egli era pronto a prestarfi (3); e chi era accinto, facevasi a postulare. Quantunque nel giorno delle postulazioni era solamente lecito il chiamare in *gius*, pure questa regola avea talvolta delle eccezioni, come accadeva nel caso, in cui il reo da chiamarsi non era di facile convenzione, ne dava tempo all' attore per aspettare il giorno delle postulazioni. Allora in ogni giorno poteva il reo esser chiamato, non già perchè in ogni giorno dovesse andare, ma perchè non correndo il tempo delle postulazioni, dovesse dar malleveria: *in ius vocatum ut eant, aut satis, vel cautum dent*, era stabilito nell' editto (4).

Or l'atto della vocazione si faceva allora personalmente dall' attore al reo, e con proprietà di frase, dicevasi *vocatio in ius*; ne dovea esser preceduto da licenza pretoria. Bastava, che o

K° 4

per

(1) *Macrob. Saturnal. lib. 1. cap. III. Plin. lib. 7. c. 60. Censorin. de die nat. cap. 23.*

(2) *Pollet. Hist. For. lib. 1. cap. IX. XI.*

(3) *Sigon. de iudic. 1. 9. Pollet. Hist. for. 1. X.*

(4) *Digest. lib. 11. tit. VI.*

per a caso, o a bella posta l'attore si fosse incontrato col reo, per poterlo subito da faccia a faccia chiamare con una di queste formole: *in ius veni: sequere ad Tribunal: in ius eamus: in ius ambula* (1). Contraddice qui il grande Uomo Francesco Polleto, sedotto da due male appresi testimonj di Plauto, e di Plinio, col sostenere, che la vocazione veniva sempre dietro la venia del pretore (2). Ma senza dir altro per confondere la sua singolare teoria, basta solamente riflettere, che se fosse stato in costume di impetrare dal pretore la licenza per chiamare in *gius*, sarebbero state poi inutili le eccezioni, che il pretore stesso venne a fare per lo padre dell'attore, per la madre, per lo padrone, e per altre persone autorevoli, per le quali edisse: *sine permissu meo ne quis vocet* (3). Appunto la eccezione conferma la regola, che dovea correr diversamente per tutti gli altri. Più non si sarebbe poi scritta la Legge *ult. C. de exhib. reis*, nella quale si stabilì, che niuno potesse esser condotto in giudizio, se non coll'ordine alla mano del magistrato. Questa fu una legge correttiva, e bisognò, che trovasse già in uso un sistema abusivo contrario. E poi non dovea ignorare Francesco Polleto, che in questo appunto dif-

(1) Ved. Barnaba Briffonio *de form. lib. V. pag. 306.*

(2) Pollet. *Hist. for. lib. V. cap. 1.*

(3) L. II. *de segg. D. de in ius voc.*

differenti la vocazione in *gius* dalla citazione; cioè che la seconda accadeva nel giorno delle cognizioni *per accensum*, e per ordine del pretore, la prima poi seguiva nel giorno delle postulazioni, e non richiedeva licenza alcuna, nè persona differente dall'attore; cose tutte già avvertite dai dottori di buon gusto, che compiangono i tempi infelici della giurisprudenza, nei quali sì fatte cose si confondevano (1).

Alla chiamata dello attore dovea subito presentarsi il reo, ed andare in *gius*, purchè fosse, come si è detto, giorno di postulazioni, e non venisse egli scusato per le leggi Decemvirali da morbo fontico, o purchè non avesse appuntamento con altri innanzi al pretore pellegrino; onde *dies ei diffusus esset* (2). Che se il reo non andava sul fatto, e tergiversava, poteva soffrir violenza, ed esservi strascinato a viva forza (3). Alla qual cosa si determinava l'attore, dopo che si avea procurata la testimonianza, voluta dalle dodici tavole, di non meno, che tre cittadini Romani da lui richiesti, e
toc-

(1) Ved. Duaren. in tit. de in ius voc. cap. II.

(2) Ved. Raevard. ad XII tab. cap. V.

(3) Age, ambula in ius. Quid ego deliqui?

... Obsecro subveni mi Charmides,

Rapior oborto collo,

Plaut. in Rudent.

toccati nelle orecchie (1), nelle quali era sim-
 boleggiata la memoria. Altrimenti egli l'atto-
 re si tirava addosso un delitto, quale era quel-
 lo di metter le mani sopra un cittadino Roma-
 no. Il reo però improbo, ed intestabile dispen-
 sava l'attore da tal cautela, e non lo faceva
 incorrere in pene. (2). Dalla violenza si dovea
 cessare, se nell'atto della chiamata veniva fuori
 il *vindice*, preveduto dalle dodici tavole, che
 lo garantisse; o pure se il reo non si negasse
 ad una bonaria composizione. Niuno poi pote-
 va esser chiamato dalla vigna, dal bagno, dal
 teatro (3); nè in tempo di nozze, o nei gior-
 ni di lutto; nè il magistrato durante il tempo
 della magistratura; nè l'infante, o il furio-
 so (4). Erano dettati questi impedimenti dalla
 interpretazione dei giurisconsulti, e dagli editti
 pretorj, coi quali fu mitigato il rigore delle 12
 tavole. E colui, che facesse il contrario si assog-
 gettava alla multa di cinquanta aurei, che si ad-
 dicevano al reo, e non al fisco, per cui que-
 sta

-
- (1) *Casu venit obvius illi
 Adversarius. & quo tu turpissime? magna
 Exclamat voce: & licet antestari? Ego vero
 Oppono auriculam: rapti in ius clamor utrinque
 Undique concursus.* Horat. *serm.* 1. 9. 45.
 (2) Ved. Raëvard. ad XII. tab. dist. cap. V.
 (4) L. 20. D. *de in ius voc.*
 (3) L. 2. 3. 4. D. *cod.*

sta pena non potevasi transigere (1).

Il reo, che era di difficile convenzione, ne si lasciava vedere in piazza, dava motivo all'attore di ricorrere, e d'implorare il braccio pretorio. E quì si riferisce quello, che fa dire Plauto del vecchio Euclyone, uomo avarissimo, il quale ricorse al pretore per poter chiamare in *gius* lo sparpiero, che si avea rapita la minestra (2); del qual luogo malamente si serve Francesco Polleto, per dimostrare nella *evocazione* la necessità della *venia pretoria*. Nei casi adunque, che il reo latitasse, era proprio del pretore a postulazion dell'attore, *causa cognita*, far sì, che venisse *evocato* (3). Queste *evocazioni* si facevano in tre modi, cioè o colla semplice denuncia, o colle lettere pretorie, o cogli editti (4).

La denuncia semplice facevasi a colui, che era sì bene chiuso in casa, ma visibile, ed accessibile. A lui o l'attore stesso, riuscendogli di poterlo vedere, in presenza di testimonj passava l'avviso, o per mezzo del littore lo faceva arrivare. Ed appunto perchè in un tal modo di chiamata non dovevano mai mancare testimonianze, perciò nel Digesto essa è scritta col

no.

(1) L. 2. C. de in ius voc. Ved. Cuiac. observat. lib. X. obs. 10.

(2) Plaut. Aulul. act. 11. scen. III. vers. 37.

(3) L. 28. §. 4. D. de fideicom. lib.

(4) Rœvard. Præscriptura. cap. 3.

nome *detestatio* (1). E questa dinuncia medesima è quella, che poi nei tempi appresso fu detta *insinuatio*, *insimatio* (2). Abbiamo da Augusto Gellio, che il magistrato, il quale avea la *vocazione*, come era il pretore, poteva ordinare ai littori, che raggiungeffero il reo, lo fermassero, e lo recassero innanzi a lui (3). Sicchè è da dire, che a questo oggetto era adoperato il littore nel modo di denunciar *domi*, come assicura un altro luogo dello stesso Gellio (4). Accadde quindi, che venne a dubitarsi fra i giurisconsulti, se essendo la casa il più sicuro rifugio dell' uomo, potesse taluno per lite privata soffrir violenza in casa propria. Il giurisperito Gaio propose questa cosa in questo, e la lasciò dubbia (5). Ma prevalse poi l'opinione negativa riferita da Paolo, e restò per regola stabilito, che niuno potesse essere cacciato con forza dalla sua casa per motivo di privato interesse (6).

Le lettere pretorie si davano contra coloro,

(1) L. 40 D. de verb. sign. L. 19. de in ius L. 39. §. 2. L. 1. §. 2. D. quod. vi. aut clam. E qui alluse Seneca: non est quod me solos putes dicere, quos officia domibus suis evocant.

(2) Ved. Hotoman. de lit. ordinand. cap. I.

(3) Agell. lib. XIII. cap. XII.

(4) Agell. lib. XIII. cap. XIII.

(5) L. 18. D. de in ius voc. L. 23. in fin. de fideicom.

(6) L. 105. D. de reg. iur.

to, che erano fuori di Roma, purchè non fossero assenti *Reipublicae causa*, e si dirigevano ai magistrati dei luoghi, dove facevano dimora (1).

Finalmente gli editti si spedivano per chi era del tutto nascosto, e non faceva saper di se cosa alcuna. Questi editti si affigevano alla casa di abitazione, o anche al predio (2); ma in presenza di testimonj, altrimenti si dicevano affissi *clam*. Ed in tal caso potevano esser rimossi col decreto del pretore, il quale restituiva il reo coll'interdetto *quod vi*, *aut clam*; e dava luogo a potersi convenir l'attore coll'azione penale *in factum*. Che se il reo senza decreto gli avesse rimossi, ancorchè affissi *clam*, era anche egli punito, e l'attore si restituiva coll'interdetto medesimo. E di qui si dà a capire un testo alquanto oscuro di Ulpiano nella *L. ult. §. 2. D. quod vi aut clam*. (3)

Gli

(1) Ved. *L. 1. 4. D. de requir. vel absol.* E presso Cicerone: *Verris simul ac tetigit Messaniam, literas dedit, Dionem evocavit, calumniatores ex sinu suo apposuit.* Cic. *Verr. III.* E poco dopo: *Non eos homines, qui populum concitarent, Consulem literis evocandos curare oportebit?* Ed in altro luogo: *Evocavit literis e municipiis denos & quatuordecim: venerunt ad eam villam mane.* Cic. *ad Attic. lib. 12.*

(2) *L. 4. §. toties D. de damn. infect.*

(3) *Si ad ianuam meam tabulas fixeris & ego eas, prius quam tibi denunciarem, refixerò: deinde invicem interdicto quod vi aut clam exgerimus, nisi*

Gli editti citatorj, come anche le lettere, e le dinuncie si replicavano ordinariamente per tre volte, colla distanza di giorni dieci tra l'una, e l'altra, e nell'ultima volta divenivano perentorj, perchè perimevano affatto la controversia, e non lasciavano più tergiverlare l'avversario (1). Poteva anche l'editto esser uno, e perentorio, lo che dipendeva unicamente dalla prudenza del magistrato, che avea in veduta il merito della causa, la condizion della persona, la distanza del luogo, e tutto ciò, che circostanziava l'affare (2). La pena, che li minacciava nel perentorio dal pretore, era quella: *etiam absente diversa parte cogniturum se. & pronuntiaturum* (3). Dopo scorso il termine del perentorio, li citava l'assente *in iure*, e non comparendo, non perciò perdeva la causa. Si conosceva allora dell'affare in giustizia; e se l'assente era favorito da buon diritto, poteva anche vincere (4). Intanto per lo disprezzo degli

edit.

nisi remittas mihi, ut absolvar, condemnandum te quasi rem non restituisse, quanti mea interest, aut exceptionem mihi profuturam, si non vi, nec clam nec precario feceris. L. ult. §. 2. D. quod vi aut clam.

(1) L. 68. 69. 70. D. de indic. Ved. Raevard. protribunal. cap. 3.

(2) L. 71. D. eod.

(3) Diff. L. de indic.

(4) L. 73. D. eod. L. 93. §. final. D. de appellat. Liv. lib. 39. cap.

editti, l'attore si metteva in possesso di tutti i beni del reo, purchè non vi fosse qualche amico, che lo difendesse (1). Questi beni dopo trenta giorni si vendevano sotto l'asta (2), e tutto il prezzo si addiceva all'attore; o non trovandosi vendibili, all'attore stesso i beni si aggiudicavano per intero; il quale però, dopo soddisfatto del suo credito, avea l'obbligo di pagare col sopravvanzante qualche altro creditore, se mai stato vi fosse (3). Di questo possesso, dato in contumacia, parla tanto Cicerone nella Quinziana, e riferisce i riti di quello, che era in costume.

Giunti avanti al pretore l'attore, ed il reo, al secondo, che erasi chiamato, dovevasi far palese l'azione, *edebatur actio* (4). L'edizion dell'azione si dovea fare dall'attore al reo in *gius*, e richiedeva la presenza del magistrato. Ne pria che si arrivasse in *gius* era obbligato l'attore a palesarla, ne era nel diritto il reo di saperla.

54.

(1) *Qui fraudationis causa latitaverit, si boni viri arbitrato non defendatur, ejus bona possideri, vendique iubebo* L. 7. *Quib, ex cau. in poss. con.* L. 1. §. *Si nemo quod cuiusq. univ.*

(2) *Ved. Ottoman. ad L. 13. §. 1. C. de indic.*

(3) *Ved. Ottoman. in Cic. Orat. pro Quinct. pag. 45.*

(4) *L. 1. D. de edict.*

Sa. age, ambula in ius, leno, D. quid me in ius vocas?

Sa. Illic apud praetorem dicam, sed ego in ius voco:

Si legge presso Plauto (1). Hanno quistio- nato i dottori su questo passo di Plauto, e mettendolo in contraddizione col testo di Ulpiano nella *L. 1. de edendo*, han voluto alle volte sostenere, che l'edizion dell'azione dovea farsi al reo nel punto della chiamata, pria- chè si andasse al magistrato; *ut proinde sciat reus, utrum cedere an contendere ultra debeat*. *Et si contendendum putes, veniat instructus ad agendum, cognita actione, qua conveniatur* (2). Giacomo Revardo, per conciliare Plauto con Ulpiano, volle dire, che il primo parlò sul fare antico dei Romani, e Ulpiano si adattò alla pratica corrente nei tempi suoi; essendo così, il sistema antico dovea portare l'edizione dopo la vocazione. Ma egli il Revardo non ha fiducia nel dare questa certezza, e con un modo vacillante di affermare, non esclude, che anticamente ancora qualche volta l'edizione preceder poteva la vocazione (3). Se veggiamo la compilazion del Digesto, noi troviamo, che
al

(1) *Plaut. Pers. act. IV. scen. 9.*

(2) *Ved. Hotom. de lit. ordinand. cap. IV. Duaren. in tit. de edend. Donell. de iur. Civ. XXIII. III. 1. Cuiac. observat. 10.*

(3) *Raevard. protrib. cap. IV.*

al titolo *de edendo* si fa precedere quello *de in ius vocando*: nel Codice la cosa v'è al rovescio: nell' Editto perpetuo però, più antico dell'una, e dell'altra compilazione, prima è scritto il titolo *de edendo*, e poi quello *de in ius vocando*; lo che reca imbarazzo a chi vuol restare nei dubbj. Ma che che sia dell'ordine di queste compilazioni, Giustiniano nettamente disse, che dalla *vocazione in ius* riconoscevano il principio tutte le azioni instituite (1). Così era al certo, e così fu sempre fino a che fu in piedi la *vocazione in ius* nel senso rigoroso delle dodici tavole. Mutata poi la polizia del foro sotto gli Imperatori, si cominciò a confondere il tempo della *vocazione* con quello della *edizione*, perchè si venne a chiamare il reo di ordine del magistrato, dandogli scienza di ciò, che occorreva. Ulpiano, o volle parlare dei tempi suoi, quando la *vocazione* al pristino senso cominciava a disfarsi, o non dee intendersi nel modo, che contraddica al vecchio sistema. Ei parla isolatamente della *edizione* della azione, e non si riporta a tempo alcuno, o prima, o dopo la *vocazione*. Dice, esser cosa ragionevole, che sappia il reo quello che da lui si voglia, per potere o cedere, o contendere. Ma non viene a stabilire quando debba ciò farsi, e se sia, o no necessario, che alla *vocazione* pre-

Tom. I.

L

ce.

(1) §. *ultim. instit. de poen. tem. litig.*

ceda. Si legga in contesto tutto il periodo della sua orazione , e subito si vedrà cosa egli intenda (1). Noi offerveremo di qui a poco , che anche dopo la vocazione sta ben detto quello , che egli pronunziò.

Or l'edizion dell'azione si faceva in tre modi , o colla viva voce , dicendo l'attore di quale azione voleva avvalersi, o col libello, producendo in iscritto la sua intenzione , o coll'additare all'avversario nell'albo dei formularj la formola dell'azione stessa. Questi tre modi sono indicati da Ulpiano testè detto; il quale ne aggiunge altri due , che son da riferirsi non alla edizion della azione, ma all'edizion degli istrumenti , e delle partite dei conti; come sarebbe il modo di dettare , e far trascrivere all'avversario, o di presentargli copia. Già Ulpiano commenta in quel luogo generalmente la voce *edere*; ed il suo rescritto è riportato in quel titolo del Digesto *de edendo*, dove si parla di ogni sorta di edizione. E qui è, che presé un gran- chio Giacomo Revardo, rapportando coll'autorità di questo giurilconsulto per cinque, e non per

(1) *Qua quisque actione agere velit, eam edere debet, nam acquissimum videtur, eum, qui acturus est, edere actionem, ut proinde sciat reus, utrum cedere, an contendere ultra debeat; & si contendendum putet, veniat instructus ad agendum, cognita actione, qua conveniatur L. 1. D. de edendo.*

per tre i modi della edizion dell' azione (1). Francesco Duareno scioglie il nodo, e presta lume a questi argomenti (2).

Il dubbio potrebbe essere a concepir la ragione, perchè mai si lasciasse tre modi a palelar l'azione, ed in quali occasioni potesse esser di rito più l' uno, che l' altro. Forse potrebbe darsi al 'segno coll' adottarsi questo sistema. L' edizione a voce dovea farsi da coloro che sapevano concepir l'azione, ed avean pronta la formula per esprimersi; che erano ben pochi, cioè i giuriconsulti, ed i pontefici, litigando per cause proprie. L'edizione col libello era arbitraria, e solea aver luogo principalmente nelle cause, che non abbisognavano di cognizione. In quanto all'albo dei formularj poi la cosa è da intendersi così. Per gli indotti del foro, cioè per quasi tutti i cittadini, tranne i giuriconsulti, ed i pontefici, dopo le dodici tavole fu d'uopo aver sempre l'assistenza di un pontefice per concepir bene l'azione, come assicura Pomponio. Poi nel 449. di Roma accadde il furto di Gneo Flavio, replicato nell'anno 559. da Sesto Elio Cato; ed essendosi quindi palesate, ed esposte al pubblico, tutte le formule, non venne più a battersi l'antica strada di ricorrere ai pontefici, ma bastò portar l'avver-

L 2

fa-

(1) *Racvard. protrib. cap. V.*

(2) *Duaren. in tit. de edend. cap. 1.*

fario all'albo dei formularj, dove tutto era esposto, e additar ivi l'azione.

Dopo scoperta all'avversario l'azione, bisognava, che la medesima s'intentasse. Era questo un atto diverso, perchè altro era dar notizia dell'azione all'avversario, altro far uso dell'azione, coll'intentarla *in iure*, nel che consisteva parte della costituzion del giudizio. Questo intentare era soggetto alla cognizione pretoria, come non era soggetta l'edizione. Non poteva impedire il pretore, che l'azion si palesasse, ma poteva impedire, che dopo palesata, si intentasse, nei casi, quando a lui non sembrava giusta. Ed ecco come. Impetrava l'attore la facoltà di parlare per pronunciar l'azione, col mezzo di una prima postulazione: poi impetrava la facoltà d'intentarla, ch'era il postular l'azione. Alla sua richiesta il pretore esaminava se l'azione competesse, e se potesse incamminarsi; lo che facendo *actionem dabat, vel denegabat*. Onde è scritto: *causa cognita actionem dare; causa cognita actionem denegare*. Vi erano delle azioni calunniose, che non stava bene l'introdurle, vi erano delle proibite dalla legge, come sarebbe quell'azione, che proibì la Legge Cincia: vi erano delle altre, che dovean correggersi, perchè non bene indirizzate; e quì entrava la cognizione, ed il giudizio pretorio. Le quistioni, che in tal rincontro si proponevano, erano per lo più: *an huic, an cum hoc, an hac lege, an apud hunc, an hoc*
sem-

semper liceat agere (1). Questa cognizione era privativa del solo pretore, ed elegantemente da Giacomo Revardo per eccellenza si chiama cognizione pretoria. In essa si spiegava il misto impero, in cui non potevano aver parte o i Decemviri, o i centumviri.

In questa cognizione pretoria passava pericolo l'attore di perder la causa per mancanza di accortezza, se egli non sapesse bene introdurre l'azione, o se si facesse a chiedere più di quello, che gli apparteneva. Cicerone restò detto, che *causa cadat is, qui non quemadmodum oportet, egerit* (2). Ed in altro luogo avvisò: *ante iudicium de constituendo ipso iudicio solet esse contentio, cum aut sit ne actio illi, qui agit, aut iamne sit, aut num iam esse desierit, aut illa ne lege, bis ne verbis sit actio, quaeritur. Quae etiam si, antequam res in iudicium venit, aut concertata, aut diiudicata, aut confecta non sit, tamen in ipsis iudiciis permagnum habent pondus, cum ita dicitur: plus petisti, fero petisti, non fuit tua petitio, non a me, non hac lege, non his verbis, non hoc iudicio* (3). E se l'attore s'incontrava in questi scogli, e non sapeva salvarsi, *causa cadebat*. Il cadere causa dall'Ottomano è spiegato *litens*

L 3

per.

(1) *Quintil. lib. III. cap. 8.*

(2) *Cic. de invent. II. 19.*

(3) *Cic. in partit.*

perdere (1): ed appunto per lo timore di non far questo naufragio, sollevano alle volte gli attori piantare alternativamente l'azione, proponendone più di una, perchè nella incertezza risolvesse il pretore quel, che loro convenisse (2). Il *plus petere* non sarebbe stato un delitto; che anzi fu poi regola di legge, che nel più era compreso il meno (3); ma per l'odio delle liti in questa proposta delle azioni fu fatta eccezione alla regola, e fu sostenuto, che *plus petendo*, l'attore dovesse perder tutto. Giustiniano restò scritto nelle istituta, che in quattro maniere *plus petebatur*, cioè, *re, tempore, loco, & causa*, col cercarsi o più della somma del credito, o innanzi il tempo convenuto, o in luogo diverso, o per causa differente, chiedendosi assolutamente quello, che era in promessa alternativa, o dimandandosi la specie per lo genere (4): e soggiunse, che solamente il minore, che così agisse poteva esser restituito. Da quì s'intende la minaccia, che fece colui presso Plauto, desiderando: *velim quidem Hercle, ut uno nummo plus petas* (5). E di quì ancora si dà a capire Suetonio, che attribuisce alla clemen-

(1) *Hotom. comment. verb. iur. voc. cadere causa*

(2) L. 1. §. 2. *D. quod legat.*

Hotom. de lit. ordin. cap. 11.

(3) L. 110. *D. de regul. iur.*

(4) §. 33. *Instit. de act.*

(5) *Plaut. Mostell. act. 111. scen. 1. vers. 122.*

menza di Claudio il restituir le azioni ai litiganti, che *plus petendo, formula excidissent* (1); riportando questo storico ad una durezza dell'antica legislazione l'eligere tal pena dai sconsigliati attori.

Accadeva spesso fiate, che prima di darli l'azione dal pretore, era necessario di interrogare il reo, per prender norma dalla sua risposta a regolare l'azione stessa. Ed il pretore permetteva queste interrogazioni, anzi le garantiva, perchè dalla risposta del reo *ius sumebatur* (2). Si dimandava: *an esset beres*; *Quota ex parte? An fundum possideres*; *Quanta ex parte* (3)? Poteva tacere alle volte il reo a queste interrogazioni per giusta causa, che sul punto si esaminava *praetoria cognitio* (4). Ma se negava maliziosamente, allora colla licenza del pretore, era sfidato dall'attore colla proposta di una scommessa (5); per decidersi della quale si postulava il giudizio dal pretore stesso, perchè entrava per incidenza la quistione del fatto: *an possideres* (6).

L. 4.

Or

(1) *Suet. in Claud. cap. 14.*

(2) *L. 2. D. de interrog. L. 4. D. de confess. L. 23. L. 25. D. ad L. Aquil.*

(3) *L. 1. 2. 3. D. de interrog. L. 20. §. ult. L. 36. L. ultim. D. rei vindicat.*

(4) *L. 9. §. penult. D. de interrog.*

(5) *Sigon. de iudic. lib. 1. cap. XXI.*

(6) *Ved. Raeyard. protriib. cap. V.*

Or l'azione, che nasceva dalle risposte a queste interrogazioni si diceva *interrogatoria*; e siccome il reo col rispondere, e col confessare, veniva ad obbligarsi, così l'azione stessa appellavasi ancora *confessoria* (1). Dice Callistrato, che a tempi suoi queste interrogazioni erano andate in disuso, perchè erasi creduto non convenevole, che taluno prima del giudizio compromettesse il proprio diritto (2). Ma la prisca economia del foro, e la scuola antica portava altro sistema. Allora si marciava strettamente sotto la superstizione dei formularj, e chi cercava un jura più di quello, che gli si apparteneva, metteva in pericolo la causa, come abbiain ravvisato. Dovea dunque appurarsi la verità, e non si potevano permettere atti frustratorj. Ne poi al solo attore davasi la facoltà di interrogare: anche il reo poteva far lo stesso per mettere in piedi la sua eccezione. Sicchè il giudizio non era *ad imparia*.

O colla interrogazione adunque, o colla sola cognizione pretoria davasi l'azione; e con ciò finivano le funzioni della postulazione. L'azione però potevasi postulare anche per mezzo di Avvocati: e se mai i litiganti non ne avessero, potevano cercarli al pretore, che dietro la promessa dell' editto, in questo gior-

BO

(1) L. Proinde D. ad leg. Aquil. Vid. Duaren. disput. Anniv. 1. 43. Pollet. lib. V. cap. IV.

(2) Leg. 1. D. de interrog.

no delle postulazioni non li negava: SI NON HABEBUNT ADVOCATUM, EGO DABO (1). Dopo tutto l'attore, ed il reo potevano andarsene via. Prima però di partire, il reo dovea assicurare l'attore, che nel giorno delle cognizioni si farebbe presentato, pronto a contendere, o pure a cedere. A lui già erasi fatta palese l'azione, e coll' autorità del magistrato erasi intentata; sicchè restando ben istruito, poteva essere al caso di risolvere. E qui è da riferire assolutamente ciò, che dice Ulpiano nella *L. 1. de edendo* di cui parlammo di sopra. Or per assicurare il ritorno del reo in *gius*, si esigeva da lui un *vade*, cioè uno sponfore, che entrava in garanzia, e prometteva nel caso d' inosservanza, di pagare per pena l'importo della lite (2). Erano detti costoro *vadi a radendo*, o *sia eundo*; perchè colui, che li produceva, era in libertà di andarsene *ex iure* (3). La formola poi, colla quale doveasi concepire il vadimonio, era alquanto intrighata, e faceva desiderare la particolare assistenza del giurisperito. Cicerone pose in bocca a Ce.

(1) SI NON HABEBUNT ADVOCATUM, EGO DABO *L. 1. D. de postul.*

(2) *Paul. presso l'Autore collat. leg. Mos., & Rom. 11. 6.*

(3) *Vades ideo dicti, quod eos, qui dederit, radendi, idest discedendi habeat potestatem. Acron. Horat. Scholiast. ad Serm. Sat. 1.*

a Cesare, che in una gran moltitudine di gente, in cui egli trovavasi, non si era potuto rinvenire chi avesse saputo concepire il vadimonio (1). Sembra verosimile, che si fosse promesso dai vadi: *REUM CENTO DIE AD FUTURUM. Ita disceditur, ut Idibus Septembris P. Quinctium fisci Alphenus promitteret*: leggiamo presso Cicerone medesimo nella Quinziana.

Il reo, che non avea pronto il suo *vade*, veniva obbligato a starsene in prigione fino al giorno delle cognizioni, per cautela dell'attore (2). Era questa una cosa assai dura, per cui, trattandosi di persone di riguardo, il pretore soleva alzar la mano, ed ammettere una fideiussione meno severamente (3); la quale libertà era solamente permessa per lo vadimonio, e non in altri casi (4). Le persone poi, che *rebus inceptis idoneae videbantur*, come erano i ricchi benefattori, ed altri, che meritavano la pubblica fiducia, non dovevano offrire il *vade*, ma davano cauzione *de in iure fisci* (5).

Al-

(1) *Negat Caesar in tanta multitudine eorum, qui una essent, quemquam fuisse, qui vadimonium concipere potuisset. Cic. ad Q. Fratr. epist. 11. 14.*

(2) *Plaut. in Persa 11. 4. 18.*

(3) *L. 2. §. 2. 4. Dig. qui satisf. cogant.*

(4) *Ved. Raevard. ad LL. 12. tab. cap. V. Nul. rei. de iudic. lib. 11. cap. 5.*

(5) *L. Sancimus Cod. de Verb. signif.*

Altro era il *cavere*, altro era il *satisfare*, altro era il *vadari*. Il *cavere* importava la semplice promessa colla stipolazione (1): Il *satisfare* era render sicuro alcuno *dati fideiussoribus* (2): E 'l *vadari* era affine al *satisfare*, perche si restringeva alla malleveria, che esiggevasi nel vadimonio, ed in altro pare che non avesse differito il *vade* dal *fideiussore*, se non che nel primo, oltre alla idoneità richiesta di uomo solido e capace a soddisfare, si vedesse anche, se fosse o no di facile convenzione in giudizio (3). Delle cauzioni e dei fideiussori si trova spessissimo fatta menzione, e molto stabilito nei Digesti e nel Codice; ma del *vadimonio* non si rinviene vestigio alcuno, perchè Triboniano ne riscosse le voci dagli antichi frammenti, come può vederli, se si confronti la L. 7. *pr. D. de iniur.* col frammento di Paolo presso l'Autore delle collazioni delle leggi Mosaiche e Romane: 11. 6. Solamente una volta la lasciò correre Triboniano nella Legge ultima §. 1. *C. de castr. & ministerian.*

Il vadimonio si prometteva in presenza di testimoni, ed era quasi sempre per lo *perendino*, cioè per lo terzo giorno dopo il giorno delle cognizioni: E trovavasi così ricevuta, e ferma questa pratica, che i giuristi disputavano
se

(1) *Ulpian. L. 1. D. qui satisf. cog.*

(2) *Cic. lib. XVI. epist. ad Attic.*

(3) *L. 2 princ. D. eod.*

se in vece di dire il terzo giorno, avessero dovuto dire il *perendino*. Nasceva questo stile da che, come si è veduto, il terzo giorno, dopo la postulazione, era il giorno delle cognizioni. Non è però, che alle volte non si avesse potuto allungar la promessa, e differire il vadimonio, o di consenso delle parti (1), o di ordine del pretore, o per effetto di qualche emergenza (2). Mentre il vadimonio pendeva, sempre eravi luogo a poterli i contendenti transigere (3) ed in questo caso dicevasi, *vadimonium missum facere*; ed il reo era sciolto dall' obbligazione di adempierlo (4). Colla promessa del vadimonio finivano gli atti *in iure* nel giorno delle postulazioni, e si congedava-

va-

(1) *Sulla ex fiducia tam certae victoriae, litigatores, a quibus adibatur, vadimonium Romam differre iussit. Liv. LXXXVI. Romae dies triginta fere Quintius commoratur cum ceteris, quae habebat, vadimonia differt. Cic. pro Quint.*

(2) *Si magna Asterii cecidit domus; horrida mater.*

Pullati proceres, differt vadimonia pretor. Iuven. Sat. III.

(3) *Cum de sua parte Roscius transigit cum Flavio, actionem sibi suam reliquit, an non? Cic. pro Q. Rosc. & in verr. III.*

(4) *Qui quo tempore primum agere coepit, in vadimoniis differendis tempus omne consumpsit, qui postea vadimonium missum fecit. Cic. pro Quint.*

vano dal pretore l'attore, ed il reo; il quale ultimo andava ad accingerli alla difesa per lo *perendino*. Avvertono gli eruditi, che i Romani usavano di tante cautele per lo ritorno del reo in *gius*, e permettevano tante cose nella vocazione, perchè volevano che non si ritardasse giammai la contestazion della lite per la versuzia dell' avversario (1). Ed infatti dopo l'atto della contestazione non prendevano più conto degli assenti.

Or tutto il fin quì detto avea luogo fra i cittadini Romani, quando l' un l' altro imprendessero a litigare. Che se vi fosse stata lite fra cittadino, e forestiere, allora non vi era vocazione in *gius*, ne promessa di v. dimonio, ma un semplice conveniente di giorno (2). Si stabiliva cioè di concerto un dato tempo da adire il magistrato, e si prometteva un' altro tempo per lo ritorno, onde *dies status*, cioè *constitutus*, *vel condictus* (3). Il *condicere* altro non suona che *simul dicere*, *denunciare* (4). E fin dai tempi di Anco Marcio troviam la formola: *Quarum rerum, litium, causarum*

(1) Ved. Coras. in L. 15. §. 16. D. de damn. infect.

(2) Ved. Raevard. ad 12. tab. cap. V. in fin.

(3) Si *status condictus cum hoste intercedit dies*. Tamen est eundem quo imperant, ingratiss. Plaut. in curcul. Ved. Gell. N. A. XV II. 3.

(4) Ved. Hotom. Voc. Condicere.

rum condixit paterpatratus populi Romani (1) .

Al giungere del perendino adunque, o di quel giorno, in cui si era differito il vadimonio, purchè fosse giorno di cognizione, fufseguivano gli altri atti, che cominciavano dal *dicere vadimonium*. L' affare camminava così. In quel giorno il pretore, che non si prestava alle postulazioni, ma alle sole cognizioni, per mezzo dell' *accenso* alla terza della mattina faceva dar la voce di essersi già posto tribunale; al che si presentavano tutti coloro, che doveano stare al vadimonio. Colui, che mancava, ad istanza del presente, e di ordine pretorio era citato dall' *accenso*; e questa è quella citazione, che richiedeva la licenza del pretore, a differenza della vocazione in *gius*. Nella vocazione in *gius* avvertimmo che colui il quale latitava soleva esser chiamato dal *littore*; qui all' incontro veggiamo che si adoperava l' *accenso*. La cosa è chiara, perchè nella vocazione, per cui *oborto collo* ed anche a forza doveasi taluno astringere, bisognava il *littore*, che *lege agendo* poteva far violenza; In queste citazioni per lo vadimonio, non bisognava, che taluno si strascinasse a forza, perchè per colui, che non veniva, stava provveduto colla cautela lasciata nella promessa del vadimonio stesso. Or l'attore, che si presentava, dicevasi *ad vadimonium*

oc-

(1) *Liv. lib. 1. cap. XIII.*

occurrere, vel venire : il reo dicevasi *vadimonium sistere, vel obire*. Chiunque poi dei due mantasse, *eremodicium committebat*; lo che per lo attore importava la perdita della causa, per lo reo importava la pena del *vadimonium deserto*. Abbiamo da Elicio presso l'Ottomano, che l'*eremodicium* non suonava altro tra gli antichi, se non che il giudizio abbandonato da una parte, ed assistito dall'altra (1). Ognuno adunque de' litiganti, che non si prestava, commetteva l'*eremodicio*. L'attore, come colui, che dovea esser più sollecito, e sopra di cui più si specolava, acciocchè non si intraprendessero liti calunniose, ne si abusasse del giudizio a strapazzare i rei, veniva punito colla perdita totale della causa senza speranza di risorsa (2). E questo era il secondo caso, in cui l'attore cimentava la causa col pericolo di perderla, senza farla trattare. *Causa cadebat* (3). Solamente il minore era restituito, ed anche il maggiore, quando dimostrasse il giusto motivo dell'assenza (4). E per questa restituzione si faceva causa, e si postulava il giudizio. Il reo poi, che non presentavasi,

non

(1) *Ved. Hotom. voc. eremodicium.*

(2) *Revard. pag. 902. Pollet. pag. 421. Hotom. voc. cadere causa, & eremodicium*, ed in questi luoghi gli autori rapportati.

(3) Le autorità nei detti luoghi.

(4) *Hotom. voc. cadere causa.*

non cimentava la causa, ma dava diritto all'attore di esigere dai *vadi* la pena promessa nel *vadimonio*; o se egli era benestante, ed in vece del *vade* avea lasciato in compromesso i suoi beni, dava motivo all'attore di chiedere il possesso dei beni stessi, in pena della diserzion del *vadimonio*. E per questo possesso anche si postulava il giudice, e si faceva giudizio; in cui le pruove, che dovevano apprestarsi, consistevano in semplici detti di testimonj, cioè di coloro, che erano stati presenti nel tempo della promessa del *vadimonio*, e poi si trovavano anche al tempo della diserzione. Questo fu l'argomento della celebre orazione Quinziana; nella quale anche si veggono gli esempj delle prove testimoniali, apparecchiate da Sesto Nevio, ed annichilite dalla facondia del gran Cicerone. Il giudizio poi del possesso dei beni non potevasi fare nel giorno stesso, ma si dovea trasferire per altro tempo, dovendosi aspettare il giorno prossimo delle postulazioni, a poterlo impetrare.

Se poi entrambi i litiganti nel *perendino* assistevano, allora dicebatur *vadimonium* (1). Parlava prima il reo, dopo ottenuta la facoltà dal pretore; e se erasi spontaneamente presentato, di-

(1) *Comperendini dies fuerunt, quibus vadimonium dicere, & iudicia addicere licebat. Macrob. Satur. l. 16.*

diceva: UBI TU ES, QUI ME VADATUS ES? Se poi era stato citato, diceva: UBI TU ES, QUI ME CITASTI? ECCE EGO ME TIBI SISTO, TU CONTRA ET TE MIHI SISTE (1). Rispondeva l'attore: ADSUM (2). QUID AIS? ripigliava il reo. AIO, soggiungeva l'attore; e recitando la formola dell'azione già impetrata, veniva con ciò ad intentarla. Quì era, che l'attore dovea usar di molta diligenza; perchè se nel recitar la formola sbagliava, o cambiando l'ordine delle parole, o alterando il merito della petizione, o sconcertando lo stile del formolario, *formula cadebat*: lo che era lo stesso, che *causa cadere*, val quanto dire perdeva la lite. L'avversario era allora sul fatto assoluto da quella azione come inetta, e l'attore non avea più regresso ad altra azione. (3). Insegna Francesco Ottomano, che nelle sole azioni *stricti iuris* si poteva correr rischio

Tom. I. M di

(1) *Ubi tu es qui me convadatus veneris vadi-
monis?*

Ubi tu es, qui me libello venereo citasti?

*Sisto ego tibi me, & mihi contra itidem ut sis-
tadeo.*

Plaut. in Curcul. 1. 3. v. 5.

(2) *Adsum, nam si absum, quod recussem, quin
mihi male sit, mel meum.* *Plaut. dist. loc.*

(3) *Causa cadebat, quippe cum ipsius adversarius
ab illa actione utpote inepta absolveretur, neque at-
teri ad aliam actionem regressus esset.* *Horoman de
lit. ordin. cap. 11.*

di cader dalla formola, in tutte le altre azioni poi non vi era altro pericolo, che quello di cader dalla causa (1). La differenza è chiara. *Causa cadebat* quell'attore, il quale, come di sopra avvertimmo, nel giorno delle postulazioni male agebat, plus petebat. *Formula cadebat* colui, il quale nel giorno delle cognizioni, dovendo intentar la lite al reo, e quindi dovendo recitar l'azione già impetrata, sbagliava nella formola. Quì allude Quintiliano, che racconta esser cosa pericolosa questo cimento dell'attore: *cum si uno verbo sit erratum, tota causa cecidisse videatur* (2). E quì ancora è da riferirsi Cicerone, allorchè dice: *sunt iura, sunt formulae, de omnibus rebus constitutae, ne quis, aut in genere iniuriae, aut in ratione actionis errare possit* (3). Anzi, appunto perchè era così momentoso il badare alla formola nel recitar l'azione, troviamo alle volte, che le azioni stesse eran significate col nome di *formola*, come è presso Plinio, dove per esprimersi l'azione della Legge Aquilia, diceasi: *formula damni dati* (4); e come è presso Cicerone stesso in molti luoghi (5).

Da

(1) Hotom, comment. verb. iur. voc. *cadere formula*.

(2) Quintil. instit. orat. III, 8., e VII. 3.

(3) Cic. pro Rosc. Comaed.

(4) Plin. hist. natur. IX. 59.

(5) Cic. de offic. III. 14. de natur. D'or. III. 30.

Da quello, che poi risolveva il reo alla proposta dell'azione veniva a regularsi il giudizio. Se egli cedeva, l'affare era finito, ed avea essere quella cessione *in iure*, in cui il solo pretore in forza del misto impero pronunciava senza consiglio, e senza decreto, ma con cognizione pretoria, come elegantemente è detto dai giurisconsulti Ulpiano, e Giuliano (1). Se il reo poi non cedeva, e taceva semplicemente, allora *lis aestimabatur actori*; cioè si condannava il reo a pagare, ed a prestar tanto, quanto era in controversia (2). Finalmente se il reo opponevasi, allora avea cammino il processo. Poteva egli negare rotondamente l'azion dedotta, o la causa di essa colla formola di sopra detta *nego*, ed in questo caso si apriva il processo ad un modo; poteva anche non negar per intiero l'azione, o la causa, ed allegar un fatto, che la distruggesse, cioè poteva proporre l'eccezione, ed in questo caso il processo camminava ad altro modo. Dice Carlo Sigonio sull'autorità di Cicerone (3), che nel primo caso si apriva al reo una difesa detta *pura*, perchè consistente nella sola negativa, o dell'azione, o della ragione di essa, per esempio; *NEGO HUNC*

M 2

SER.

(1) *L. 39. in princ. D. de evict. Ved. Giacom. Revard. protrib. cap. VI.*

(2) *Hottoman. voc. litis aestimatio.*

(3) *Cic. de Invent. II, 20.*

SERVUM TUUM ESSE ; O pure : NEGO TUUM ESSE ;
 QUIA EX ANCILLA TUA NATUS NON EST . Ed era
 allora tutto l'obbligo della prova rovesciato
 sull'attore . Nel secondo caso poi la difesa del
 reo dicevasi *coniuncta* , perchè chiamavalo an-
 che all' obbligazione di mettere a prova quello,
 che eccezzionando opponeva (1). Nella condot-
 ta del reo meramente negativa , e nel processo
 della *pura* difesa si cominciava ad agir così .
 Il pretore diceva : QUANDO NEGAT , SACRAMENTO
 QUÆRITO . Il *quaerere sacramento* importava una
 provocazione del reo a promettere una data
 quantità di denaro , se il fatto andasse al con-
 trario di quello, che egli indicava : NI ITA ESSET .
 Quel denaro , che depositavasi presso il Pon-
 tefice , in *aede sacra* , dicevasi *sacramentum* dal
 luogo che occupava (2) forse perchè *manebat*
in sacro . Dietro il mandato pretorio adunque
 l'attore subito attaccava : QUANDO NEGA , (per
 esempio) HUNC SERVUM MEUM ESSE , SACRAMENTO
 TE QUINGENARIO PROVOCO . E perchè bisognava ,
 che il reo promettesse , e vicendevolmente si
 stipolasse , perciò l'attore soggiungeva : SPONDES
 ME QUINGENTOS SI MEUS SIT ? SPONDEO SI TUUS SIT ,
 replicava il reo, il quale se ricusava di pro-
 mettere, veniva a perdere la lite . All'incontro
 pro-

(1) *Sigon. de iudic. lib. 1. cap. 21.*

(2) *Fest. voc. sacramentum . Ved. Pollet. lib. V. Rævard. varior. v. X.*

promettendo, e stipolando a profitto dell'attore, poteva riconvenir l'attore stesso, ed anche egli dimandare: *ET TU SPONDES NE QUINGENTOS, NI TUUS SIT?* alla quale riconvenzione l'attore dovea dire *SPONDEO NI MEUS SIT*, altrimenti anche egli perdeva la causa (1). Dopo ciò si passava a dare il giudice, come diremo, il quale conosceva del fatto; cioè della pertinenza del servo, se fosse dell'attore, o del reo; per potersi dar luogo alla elazione del *sacramento*, e così ordinavasi il processo nella condotta negativa del reo. Ed è da avvertire, che queste sponzioni, e queste scommesse traevano origine dall'editto del pretore, il quale erasi industriato a ciò per punire la sfrontatezza di chi negava, e per fare viepiù rispettare la santità del giudizio.

Nel caso poi, che il reo non era meramente negativo, ma facendo una difesa *coniuncta*, opponeva eccezione, cioè quella, che nel giorno delle postulazioni avea impetrata, allora l'affare avea cammino diverso. Già non si omettevano le sponzioni vicendevoli, concepute con piccola differenza dalle testè dette, e poi sentivasi la proposta della eccezione. O fossero queste eccezioni civili, o pretorie, o perpetue e perentorie, o temporali, e dilatorie, come a noi furon classificate da Giustiniano, in quanto al modo da proporsi, e farle aver corso nel processo, non dif-

M 3

fe-

(1) *Sigon. de iudic. Lib. I. cap. 21.*

ferivano fra loro in cosa alcuna. Alla eccezione poteva replicar l'attore, producendo nuovi fatti, che quella elidessero; e questa chiamavasi *replicazione*. Per esempio se alcuno dimandasse doverglisi cento da Gaio, e Gaio, usando di una eccezione pretoria, avesse opposto il patto *de non petendo*, l'attore poteva replicare, che con un novello patto si era distrutto il primo. Ed a questa replica, se avea che dire il reo, poteva opporsi con una *duplicazione* così detta. Dopo la quale potevasi col metodo medesimo arrivare alla *triplicazione*, e *quadruplicazione* ancora, come suggerivano le varie specie de' negozj. Basta riscontrare il lodato Imperador Giustiniano nelle istituzioni al titolo *de exceptionibus*, per vedere in ordine un tal apparato. Ed in tutte queste duplicazioni, triplicazioni, ed altro camminavano sempre le scommesse nella maniera poco innanzi rammentata, le quali portavano l'acquisto del *sacramento* a colui, che vincendo poi nel giudizio, scoprivasi veridiero (1). Egli è da por mente però per quello, che riguarda l'ordine del processo, che altro era il rito in queste eccezioni, e repliche serbato nei giudizj di *stretto diritto*, ed *arbitrarj*, altro quello nei giudizj di *buona fede*. Nei giudizj arbitrarj, e di stretto diritto, tanto le eccezioni, quanto le repliche si doveano fare *in iure* nel giorno delle cognizioni, subito dopo intentata l'azio-

ne

(1) *Cic. Verr.* 1. 45. ed ivi *Ped. Liv.* XXX. IX. 43.

ne. Per esempio intentando l'attore: *AIIO HUNC NOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE*, subito il reo, o il suo avvocato dovea eccezionare; *ET EGO NEGÓ, QUOD IAM RES IUDICATA SIT*: e poi si attaccavano le sponzioni. Nei giudizj poi di buona fede l'eccezioni, e le repliche potevano farsi anche innanzi all'arbitro, cioè innanzi al giudice di commessa, il quale, come di quì a poco rileveremo, in tali giudizj veniva dato dal pretore. La ragione era quella, che andandosi innanzi, da noi sarà più rischiarata, cioè, che nei giudizj di stretto diritto, ed arbitrarj, tanto l'azione, quanto l'eccezione, e le repliche dovevano essere incluse nella formola, con cui dal pretore davasi il giudice: e quindi dovevano trovarsi già dedotte innanzi a lui *in iure*: nei giudizj di buona fede poi non vi era questo bisogno, ed anche se nella formola non fossero le eccezioni comprese, potevano esse opporsi dopo la contestazione della lite avanti all'arbitro, il quale procedeva con minor obbligazione di dipendere dalla formola, e con diversa, e più estesa facoltà (1). Dietro l'esposto dell'azione, delle eccezioni, e delle repliche dovea conoscersi del merito della causa. Ed allora era il caso di decidersi sul metodo da tenersi nell'ordine della cognizione. Abbiamo dai dotti esploratori delle cose Romane, e noi di sopra lo accennammo, che le cause di mero articolo legale eran-

M 4.

de.

(1) *Senec. de benef. III. 7.*

decise dal pretore prima solo , e poi col consiglio dei suoi *decemviri*: ed alcune di esse per la loro serietà meritavano il giudizio *centumvirale* . Di questi giudizj pretorj si osservano spesso esempj del Digesto , come sarebbe nella L. 5. *de iureiuran.* , e nella L. 1. §. 1. *de dol. mal.*

Sicchè nelle cause di diritto , ed in quelle , *ubi* , al dir di Seneca , *inter disputantes ratio ius dicit , & animi coniectura capienda est* (1), in Roma conosceva il pretore, e nelle provincie il preside , magistrato di ugual giurisdizione . Abbiamo poi da Cicerone , e da Quintiliano alcune delle cause , che per la loro gravità non si trattavano dal pretore solo col consiglio dei *Decemviri* , ma dell' intiero consesso *centumvirale* , dopo che questi nuovi giudicanti furono istituiti . Tali cause riflettevano appunto o serj articoli legali, meritevoli di attenzione, o questioni momentose che dovean risolversi colla equità alla mano . Si portava per esempio all' esame dei Centumviri, se il figlio , o il fratello dovea essere erede *ab intestato* ; se la pubertà dovea definirsi dagli anni , o pure dall' abitudine del corpo (2) . E poi erano anche private dei centumviri tutte le cause *usucapionum* , *tutelarum* , *gentilitatum* , *agnationum* , ne-

no.

(1) *Senec. de benef. III. 7.*

(2) *Quintil. lib. IV. instit. orat. cap. 2.*

xorum, mancipiorum, parietum, luminum, stillicidiorum, testamentorum ruptorum, aut ratorum, ceterarumque verum innumerabilium iura versentur; cum omnino quid suum, quid alienum, quare denique civis, an peregrinus, servus, an liber quispiam sit &c. (1).

Ma per tornare al pretore, egli oltre ai decreti, che pronunciava, per derimere le controversie di diritto, profferiva anche gli *interdetti*, chiamati così, perchè decidevano del possesso della cosa controversa interinamente, fino a che la cosa stessa non si giudicasse. *Interdetto*, quasi detto, per eseguirsi *inter* il giorno della cognizione, e quello della decisione della Causa. Coll' *interdetto* camminava un formolario particolare, con cui o si comandava, o si vietava per la forza del misto impero. UTI NUNC POSSIDETIS RUMFUNDUM, QUO DE AGITUR, QUOD NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO ALTER AB ALTERO POSSIDETIS, ITA POSSIDEATIS. ADVERSUS EAM VIM FIERI VETO (2). Era questo un *interdetto* possessorio. Per le cose sacre correva questa formola: IN LOCO SACRO SACRARE, INVE RUM COMMITTERE QUID VETO (3): Per le cose religiose: QUO, QUARE ILLI MORTUUM INFERRE, INVITO TE

(1) Cic. de orat. lib. I. cap. 38.

(2) Fest. voc. possessio.

Ulpian. L. 1. D. uti possidet.

(3) L. 1. D. Ne quid in loco sacro.

IUS EST, QUO MINUS ILLI EO, AERE MORTUUM INFERRE, ET IBI SEPELIRE LICEAT, VIM FIERI VETO (1).

Specialmente agli *interdetti* è da riferirsi la celebre causa delle *vindicte*, che facevasi dietro lo stabilimento delle dodici tavole, ed il superstizioso ritrovato dei giurisconsulti. E' riferito da molti l'ordine del processo *pro litte vindiciarum*: ma pare che stentatamente possa intendersi, se non si riporta al metodo, che esporremo. Bisogna riguardar la cosa nell'origine, poi nel progresso, e finalmente nella riforma. Nell'origine è da ricordare, che quante volte nelle cause di revindiche, o di mobili, o di stabili sorgeva controversia sul possesso, allora postulavasi l'interdetto, *adipiscendae, retinendae, vel recuperandae possessionis*. Coll'ultimo di questi interdetti per lo ricupero del possesso si favoriva colui, che colla forza ne era stato sbalzato. Il pretore in tal caso avea questo sistema. Trattandosi di denaro, o di cosa mobile, non molto s'impegnava, e faceva in modo, che se ne facesse un deposito *in aede sacra*, per poi liberarsi a chi appartenesse dopo il giudizio (2). Se poi trattavasi di cosa immobile, o di servo, allora soleva mantenere, o restituire nel possesso colui, che possedeva *neque vi, neque clam, neque precario*. Or per quel-

(1) L. 1. D. de mort. infer.

(2) Ved. Ruvand. ad l. si sub cap. 61 in fin.

quello , che riguardava la forza , dovea esser restituito , chi colla forza era stato sbalzato¹². Ma come ciò farsi ? Alla forza avrebbe dovuto opponerli un'altra forza . Questa , prima del giudizio , cioè prima della cognizione , e del decreto , non potevasi giammai ordinare dal magistrato . Dunque era il caso di usarsi privatamente fra i contendenti . Ora egli è da credere , che nei primi tempi in Roma si adoperasse questa forza privata ; cosicchè non in altro modo , se non a via di lotta il più forte andasse a mantenersi nel possesso , e si difendesse dalla violenza ; rito forse portato dai Germani , che regolarono il Lazio , pria che si fabbricasse Roma (1) . E questo stabilisce l'idea dell'origine di tal processo .

Poi dopo aver cominciato il popolo a spogliarsi dell'antica rusticità , si venne a cessare dagli atti violenti , e cominciò a regularsi l'affare con atti legittimi , che simboleggiassero il vecchio operare . E di qui è , che trattandosi una causa per questa reintegra di possesso innanzi al pretore , cominciò ad ostendersi *in iure* una forza civile , o *festucaria* , come sottilmente è detta da Aulo Gellio (2) . Innanzi al pretore adunque , che pronunziava l'interdetto , e quindi *in iure* , facevasi a questo modo la causa del-

(1) Ved. Hotoman. *observat. lib. III. 15.*

(2) Gell. *XX. 10.*

le *vindicie*. Se era un servo ; del cui possesso trattavasi , il petitore nell'intentar l'azione di revindica , afferrando colla mano il servo , ed indicando un atto di violenza , soggiungeva immantinenti la postulazione per le *vindicie* .
 HUNC HOMINEM EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO ,
 EIUSQUE VINDICIAS MICHİ DARI POSTULO . Colui ,
 che si recava contraddittore , tenendo anche egli
 fermo colla mano il servo stesso , soggiungeva :
 ET EGO HUNC HOMINEM MEUM ESSE AIO , EIUSQUE
 VINDICIAS MINİ CONSERVARI POSTULO . E dietro a
 queste scambievoli postulazioni veniva l'inter-
 detto : QUI NEC VI , NEC CLAM , NEC PRECARIO POS-
 SIDET , EI VINDICIAS DO (1) . Se poi dovea trat-
 tarsi del possesso di un fondo , la cui revindi-
 ca si istituiva , allora per lo motivo , che la
 causa possessoriale dovea farsi innanzi al preto-
 re , nei primi tempi costui partiva dal foro al-
 sieme coi litiganti , e giunto sopra luogo , do-
 vea essere spettatore di una pugna fra i con-
 tendenti , armati di festuche alla mano , onde *vis*
festuaria . Questa pugna che era affine tra la
 finta , e la vera , dovea aver per esito il poter-
 si dire , che uno dei litiganti , il quale non
 avea diritto di possedere , era stato sbalzato da
 colui , che , perchè non possedeva *neque vi* ,
neque clam , *neque precario* dava argomento di
 m.i.

(1) *Sigon. de indic. lib. I. cap. 21.*

miglior diritto (1). Ma nei secoli dopo, come testifica Aulo Gellio, essendosi allargati i confini dell'Italia, si dispensò il pretore dall'obbligo di andar egli di persona sul podere, e s'introdusse per costume, che i soli litiganti vi si portassero, e togliendo di là una gleba, la conducevano *in ius*, e poi sopra di essa innanzi al pretore a quel modo antico funzionassero (2).

Ai tempi di Cicerone però trovavasi fatta l'ultima riforma di questo processo, e quelle misteriose lotte dovevano essere già in disuso, da che egli ne parla come di cose vecchie, antiche; e superavano solamente le formole da lui stesso derise, che annunziavano l'idea dell'antico operare. Le formole eran queste (3): diceva l'attore: *FUNDUS QUI EST IN AGRO, QUI SABINUS VOCATUR, EUM EGO EX IURE QUIRTIUM MEUM ESSE AIO. INDE IBI EGO TE EX VIUERE MANUM CONSERTUM VOCO*: il controindicante, come era risoluto a non cedere, soggiungeva: *UNDE TU ME EX IURE MANUM CONSERTUM VOCASTI, INDE IBI EGO TE REVOCO*. Ed il pretore decretava: *UTRISQUE SUPERSTITIBUS PRAESENTIBUS, ISTAM VIAM DICO. INITE VIAM*. In seguito di che entrambi i litiganti in presenza di testimonj finivano di avviarsi verso il fondo, ad oggetto di

at.

(1) *Gell. XX. 10.*

(2) *Gell. nel detto luogo.*

(3) *Cic. pro Muraen.*

attaccarsi, e portare di là le glebe. Ma essi facevano strada colla guida di un savio, che poco li faceva allargare, per fargli arrivar all'orecchio la nuova voce del pretore, che diceva: *REDITE VIAM*. E ritornati, allegando ognuno la ragione, che gli assisteva, se appariva, che uno colla forza era stato sbalzato dal possesso dall'altro, il pretore interdiceva: *VNDE TU ILLUM DEIECISTI, QUVM NEC VI, NEC CLAM, NEC PRECARIO POSSIDERET, KO ILLUM RESTITUAS IUREO* (1).

Checche sia però della superstiziosità delle formule in questo processo *vindiciarum*, l'oggetto di fissare il possessore era certamente lodevole, dapoicchè nelle cause di vindicazione non si avrebbe potuto andare innanzi, se prima non si fosse costituito il reo, che possedeva. Disse bene Giustiniano, che la lite del dominio non può mai spedirsi, se prima non si sappia chi sia il petitore che pretenda, e chi il possessore, che debba rilasciare (2). Or costituito il possessore, prima di andarsi innanzi a contestar la lite, era in uso allora di esigersi le seguenti cose, che erano poi di somma utilità per lo giudizio. Primieramente l'attore dimandava al reo: *POSTULO ANNE SIES AUCTOR?* Importava questo interrogatorio, che il reo dovea promettere, di non po-

(1) E' da vederfi Sigonio *l. 1. cap. 21. Raevard. ad 12. tab. cap. VI.*

(2) *Giustinian. presso il Sigon. nel detto Lib. 1. cap. 21.*

potere, durante il giudizio, per causa sua cessar di possedere. Il *fieri auctor* così è spiegato dagli eruditi, che significava dover esser taluno costantemente colui, *unde ius suum adversarius possit repetere* (1). Appunto si sarebbe fatto un giudizio elutorio, se dopo conosciuto il possessore, pendente la causa, avesse potuto egli lasciar di possedere. Sicchè dovea egli dire alla dimanda dell'attore, che era pronto a prestarfi *auctore*: e negando, o niente rispondendo, dava motivo all'attore stesso, perchè ripigliasse: QUANDO NEQUE AIS, NEQUE NEGAS, TE SACRAMENTO QUINQUAGENARIO PROVOCO, SPONDES NE TE DATURUM QUINGENTOS, SI AUCTOR SIS? Al che dovea egli replicare: SPONDEO; altrimenti perdeva il possessore, e poteva soggiungere in faccia all'attore: ET TU SPONDES, NE IDEM, NI SIM. ET EGO QUOQUE SPONDEO, diceva l'attore: e sù questo incidente si poteva postulare il giudice, per poi esigere la scommessa. Che se il reo, senza farla lunga, ammetteva *se esse auctorem*, s'intentava di nuovo l'azione. QUANDO AIS, NEQUE NEGAS TE AUCTOREM ESSE, HUNC HOMINEM (o pure HUNC FUNDUM) EX IURE QUIRITUM MEUM ESSE AIO. Ed il reo, che non cedeva, veniva a soggiungere: ET EGO EUNDEM HOMINEM MEUM ESSE AIO EX IURE QUIRITUM. SED NOMNE TU DICIS, QUA CAUSA VIN-

DI-

(1) *Raevard. protrib. cap. V.*

DICAVERIS ? E così l'attore passava ad esporre la causa del dominio.

Vi era la seconda cosa, che era solito richiedersi dal possessore prima del giudizio ; si cercava cioè da lui la cautela con idonei mallevadori, *se nihil in possessione deterius facturum* (1). E non adempiendo il reo a ciò, si trasferiva per pena il possesso all'attore, il quale avea l'obbligo medesimo di cautelare *datis fidejussoribus* ; altrimenti se l'attore non prestavasi, si lasciava il possesso al reo ; da che in *pavi causa* dovea esser migliore la condizione del possidente (2). Ora siffatti mallevadori, che assicuravano della non deteriorazione della cosa posseduta, erano benestanti, e con una particolar denominazione dicevansi *praedes* ; voce la quale da Asconio Pediano si interpreta *fideiussores lo:upletes, pro re, de qua apud iudicem lis est, ne interea qui tenet, diffidens causae, possessionem deteriore faciat* (3). Il giuriconsulto chiama questa specie di cautela *solida cautio* (4).

Dopo fatto tutto ciò, dovea venirsi a formar giudizio della causa. Il giudizio si postulava ; ed era della cognizione pretoria il decidere da chi mai dovesse dissimpegnarsi. Qui il pretore spiegando

(1) *Paedian. Verr. III. pag. 100.*

(2) *Paul. sent. lib. tit. 2. L. 6. §. 6. de Carbonia, Edict.*

(3) *Paedian. Verrin. III. pag. 100.*

(4) *L. 5. princ. D. de hered. petit.*

do la sua giurisdizione, ed il suo misto impero, *causa cognita*, o decretava, o dava giudice (1). Dicemmo che nelle cause di mero articolo legale era in costume, che il pretore decretasse, cioè conoscendo il merito della causa, decidesse quello, che per legge conveniva, e ne ordinasse l'esecuzione. Questo decreto un tempo si pronunciò dal solo pretore, *sedendo pro Tribunali*, poi da lui col consiglio dei Decemviri, e finalmente nelle cause più serie coll'intero confesso centumvirale; che spesso a petizione anche delle parte si accordava (2). Il Decreto del pretore o era concepito col verbo *iubeo*: VENTREM CUM LIBERIS IN BONORUM POSSESSIONEM ESSE IUBEQ (3). PARTI MEREDUM EAM LANCEN TRADERE IUBEQ (4). O col verbo *decerno*: SOLVENDAM PECUNIAM MINORI SINE CURATORIBUS DECERNO (5). LIBEROS ALI OPORTERE DECERNO (6). O conteneva un detto imperativo, ed imponente: OPUS FACTUM RESTITUATUR (7). O finalmente si esprimeva col verbo *placere*: PLACUIT, RUM AB

Tom. I. N

(1) L. 3. D. de iurisdic.

Ved. Noodt. de iurisdic. l. 1. cap. V. Sigon. de antiq. iur. prov. III. V.

(2) Ved. Noodt. lib. 1. cap. 11. 2.

(3) L. 121. D. de legat. 1.

(4) L. 81. D. de solut. §. 1.

(5) L. 7. §. 2. D. de minor.

(6) L. 5. D. de agnosco. & alend. lib.

(7) L. 81. D. de verb. sign.

EA PETITIONE ABSOLVI, NULLA EX HAC SENTENTIA
FACTA DEROGATIONE FIDEICOMMISSI PETITIONI (1).

Dal decreto del pretore restava salva la provocazione. Vi erano le Leggi Valerie, di sopra rammentate, e poi vi fu la Legge Porcia del 557, che vieppiù venne a confermare il diritto di poterli provocare (2). I plebei aveano di più il beneficio di appellare ai Tribuni, i quali potevano *intercedere auxilii causa* (3). Troviamo ancora esempj, che dal pretore si appellò al Console (4): anzi leggiamo presso Pediano, che *praetor praetori intercedere solet* (5). Dal giudizio poi centumvirale non vi era provocazione ad altri magistrati, perchè quel giudizio si ebbe per grande, e per popolare: e solamente ai tempi degli Imperadori fu dato ad essi il diritto di poter rescindere straordinariamente le sentenze dei centumviri (6).

Le cause adunque di fatto andavano ai giudici, ai quali però era solamente libero l'esaminare il fatto, ma non l'alzare indagine del diritto. Il pretore, nel fare al giudice la commessa, *in verba litis ius componebat*, come dice Asca.

(1) L. 30. D. de pact. dotal.

(2) Aul. Gell. XVII. 7.

(3) Ved. Sigon. de iudic. lib. 1. cap. 26.

(4) Gell. lib. 7. cap. 7.

Val. Max. lib. 7. cap. 7. num. 6.

(5) Paedrian. in verr. 3. pag. 101.

(6) Ved. Pitisc. voc. provocatio.

Ascanio Pediano, e prescriveva al giudice che secondo quel diritto decidesse la controversia (1). Appunto perciò il Pretore prima prendeva conto delle azioni e delle eccezioni, allorchè dava: poi sentiva le parti nel *perendino*, e conosceva del merito di esse rispettivamente, acciocchè avesse deciso qual'era il buon diritto che ciascuno fomentava. Egli scoprivalo, e lo comunicava al giudice, acciocchè, dopo aver liquidato il fatto nella maniera supposta, e non ancor dimostrata, lo palesasse nel dare il suo sentimento. Questo importava il passare al giudice la causa, *composito iure* (2). Era ufficio del giudice a buon conto il comporre il fatto al diritto, dopocchè il pretore avea già designato il diritto per lo fatto. Son decisive le espressioni di Giacomo Revardo, che non possono trasandarli. *Praetor igitur de causa in civilibus iudiciis, quae mandari possunt, cognoscit, cognoscit de causa & iudex datus: praetor, quo iure actor reum in ius trahat, quo item se reus defendat L. 30. de pact. dotal. L. 22. §. 6. soluto matrimonio; iudex datus, an sic se res habeat, quemadmodum ea tum ab actor,*

N 2

re,

(1) *Et tandem, inquisita, audita, cognitaque utrimque causa, in verba litis ius componebat, quod iudici praescribebat, ut secundum illud praesens controversia definitionem acciperet. Pedian. in Verr. III.*

(2) *Ved. Raeyard. de praedict. I. cap. V.*

re, tum a reo coram praetore dicta est (1). Questo appunto insegnò Ulpiano dicendo, che era ufficio del giudice nel giudizio di famiglia il conoscere *an sit coheres* colui, che innanzi al pretore tal carattere avea spacciato (2). E di quì è, che l'istesso Ulpiano non dà al giudice la cognizione, *sed simplicem dumtaxat notionem* (3); quella cioè, che basta a vedere il fatto, ed a pareggiarlo fra le due differenti posizioni, che ne fanno l'attore, ed il reo; risolvendo chi dei due lo porti alla verità. Francesco Polleto, uomo di minutissima diligenza, dice, che niente altro si desidera dal giudice, *praeter causae aequitatem* (4); che è lo stesso, che dargli la commessa di veder fra due chi del fatto allegghi il vero. E Francesco Ottomano con queste vedute vuol detto il giudice *adico, quia iudicat accepta potestate* (5).

Ma siccome il pretore nel comporre il diritto avea presente non meno l'azione, che l'eccezione, così la commessa al giudice dovea portare apparecchiato egualmente quel diritto per l'una, che per l'altra. Or quì è da porre, che in molti giudizj, tenendo dietro appunto all'ordine della commessa, bisognava far-

(1) *Raevard. de praed. lib. 1. cap. 6.*

(2) *L. 1. D. famil. erciscund.*

(3) *l. 5. D. de re iudic.*

(4) *Pollet. lib. 3. cap. 3.*

(5) *Hotom. comment. verb. iur. voc. iudex.*

farfi un *pregiudizio*, o vero una *prescrizione*. L'eccezione, che dal reo si proponeva; e dal pretore si accordava, non sempre era nei termini di pura eccezione, da poterfi esaminar col merito della causa principale. Poteva esser quella di natura tale, che meritasse una preventiva separata cognizione, perchè dalla decisione di essa dipendeva il doverfi, o non doverfi tirare innanzi a proseguir la causa. Era questo il caso, in cui dovea farfi un *pregiudizio*, cioè un giudizio innanzi giudizio. Per esempio, se si cercavano i frutti del fondo Toscolano, ed il reo convenuto opponeva per eccezione, che il fondo era suo, prima dovea decidersi della pertinenza del fondo, e poi si poteva parlare dei frutti. Il pretore adunque in questo caso accordava al petitore dei frutti il giudice, e dava fuori la commessa col: *SI PARET FUNDI TUSCULANI FRUCTUS DEBERI*; ma soggiungeva: *SI PRAEJUDICIUM FUNDO NON FIAT*. Il caso è del giurisperito Africano nella *L. 18. D. de exceptionibus* (2). L'eccezione poi passava in *prescrizione* quante volte il reo provava prima dell'attore la sua incombenza (1). Nei giudizi di credito, e debito, a modo di esempio, l'attore cercava cento, e se il reo opponeva il patto *de non petendo*, allora tanto l'

N 3

uno,

(1) Ved. *Raevard. de praejudic. lib. 1. cap. II.*

(2) Ved. *Raevard. de praejudic. cap. 7. 8. 9.*

uno, quanto l'altro, impetravano dal pretore l'azione, e l'eccezione, ma l'azione era sospesa per quanto durava la cognizion della eccezione. E l'esito del giudizio era, che riuscendo il reo nella pruova dell'eccezione, il petitore era dalla sua azione rimosso. Or qui appunto l'eccezione era prescrizione, perchè *prius scribebatur*; E di qui nascono quelle frasi, che si incontrano nel corpo del diritto: *praescriptione submoveri, praescriptione non removeri* (1).

Ora per tornare alle persone dei giudici, questi allora eran tutti uomini privati, e si sceglievano a talento del pretore; essendo però libero alle parti il poter allegare per sospetti coloro che non piacevano. *Licet reicere, licet exclamare. Hunc nolo, timidus est, & bona saeculi parum intelligit: illum volo*: leggiamo presso Plinio, che sotto Traiano rammemora queste cose, come figlie un tempo della libertà nello stato repubblicano (2). Pomponio assicura, di più che nella scelta dei giudici potevano anzi convenire i litiganti; e lo stesso conferma Papiniano (3). Erano poi impediti a far da giudici quelle persone, nelle quali ragionevolmente cadeva sospetto; come sarebbe-

(1) L. 12. D. de inoff. testam. L. penult. in fine de re iud. L. penult. si libert. ingent. esse dic. L. 1. de divers. temp. praescrip.

(2) Plin. Panegy. cap. 36.

(3) L. 80. D. de iudic. L. 23. D. de appellat.

avrebbe il genero, il focero, il padrigno, il figliastro, o il consobрино dei litiganti (1); ne tampoco era atto a giudicare colui, che poteva sperare, o temere dall'esito della lite (2). Eletto il giudice, e non recusato, dovea per necessità procedere, e non poteva astenersene, se non per giuste cause, da esaminarsi dal pretore: Essendo il giudicare un uffizio pubblico, che per necessità dovea subirsi. E perciò è detto, che *in addicendo praesentia aut scientia iudicis necessaria non est* (3).

Per giudici in ampio senso presi son da intendere tutti coloro, che aveano in commessa la nozione del fatto. Ma siccome le cause diversificavano secondo la varia natura delle azioni, così eravi allora il costume di far differenza fra le persone dei giudici stessi. Si distinguevano dunque essi in *giudici*, in *arbitri*, ed in *ricuperatori*. Ai giudici andavano le cause di stretto diritto, nelle quali non si poteva giudicare più in là di quello che si era convenuto, come sarebbe nel mutuo, nello stipulato, nel chirografo; nella ripetizioni dell'indebito, ed altro. Ed in queste cause nel rilasciarsi ai giudici la commessa, si prescrivea la somma del debito, o la cosa particolare, sopra di cui potesse cader la condanna. In quei negozj poi,

N 4

che

(1) *L. 5. D. de iniur. L. 10. D. de iurisdic.*

(2) *L. Julianus. 17. D. de iudic.*

(3) *Sigon. de iudic. 1. 21.*

che doveano decidersi colla equità innanzi gli occhi, e colla prudenza, come farebbe nei contratti consensuali, nel comodato, nel deposito e nel pegno tra i contratti reali, nei contratti innominati, ed altri (1), si davano gli arbitri colla facoltà di condannare quanto ad essi sembrava ben fatto *ex fide bona*; ed alle volte si aggiungeva nella commessa, che non recandosi ubbidiente alla sentenza il condannato, fosse lecito di raddoppiare, o per il doppio, o per il triplo, o anche più la condanna; e ciò a talento, ed arbitrio del giudicante. E queste eran le cause, che chiamavansi propriamente *arbitrario* nei giudizi di buona fede (2). Finalmente si davano i *reuperatori* negli interdetti; ed in tutte quelle cause, nelle quali si trattava di far riacquisto; e questi erano una specie anche di arbitri, perchè procedevano nelle cause del mutuo.

La formola del decreto, con cui dal pretore si dava il giudice era: C. AQUILI IUDEX ESTO, ET SI FARET TITIUM CENTUM EX STIPULATU DEBERE, TU ILLUM IN CENTUM CONDEMNA (3): Ne poteva il giudice dopo questa commessa eccedere per un iota la somma dei *cento*. Al triplo, ed al quadruplo allora solamente poteva arrivare, quan-

(1) §. 3. *Instit. de oblig. ex contr.* §. 29. *Instit. de act.*

(2) §. 30. 31. *instit. de action.*

(3) *Sigon. l. 21.*

quando la commessa glie lo permetteva . Ne abbiamo un esempio in Legge sotto l' editto di coloro , che *deiecerunt , vel effuderunt* , dove si stabiliscono tre giudizj: *in duplum , quinquaginta aureorum , & quantum ob eam rem aequum iudici videbitur* (1) . La commessa per gli arbitri era: *ESTO ARBITER ; ET SI PARET MAEVIO SERVILIO DOMUM VENDIDISSE , TUM QUANTUM MAEVIO SERVILIO OB EAM REM DARE EX FIDE BONA OPORTET , TANTI DAMNETUR* . E se si trattava di stretto giudizio arbitrario , cioè di quello dove l' arbitro , per far rispettare la sentenza , poteva passare a doppia condanna , la formola era: *SI PARET TITIO MAEVIO METUS CAUSA QUID EXTORSISSE , TUM TU , QUANTUM TITIO MAEVIO DARE OPORTEAT , AESTIMA , ET SI ARBITRIO TUO NON RESTITUET , IN QUATRUPLUM ILLUM CONDEMNA ; O PURE QUANTUM IN LITEM MAEVIUS IURARIT , TANTI TITIO CONDEMNA* (2) . Per gli recuperatori poi non si legge formola particolare , perchè forse era confusa colla formola dell' arbitro , ed essi diversificavano nel nome , perchè si davano a recuperare il perduto (3) , come insegna l' orazion di Cicerone *pro Caecina* .

Posto in confronto dunque l' ufficio del giudice con quello dell' arbitro , ben si vede quanto
fos-

(1) *L. 1. D. de his , qui deiec. , vel effud.*

(2) *Sigon. de iudic. lib. 1. cap. 24.*

(3) *Ved. Fest. voc. recuperatio .*

fossero più estese le facoltà del secondo, da quella del primo. Cicerone spiegò la cosa a pennello; ed è degna di sentirsi. *Arbitrium aliud est, aliud iudicium. Ad iudicium hoc modo venit, ut totam litem, aut obtineamus, aut amittamus: ad arbitrium hoc animo adimus, ut neque nibi, neque tantum, quantum postulavimus, consequamur. Eius rei ipsa verba formulae testimonio sunt. Quid est in iudicio? Directum, asperum, simplex. Si peteret H. S. LIII. dari. Hic nisi planum facit H. S. LIII. ad libellam sibi deberi, causam perdit. Quid est in arbitrio? Mite, moderatum, quanto aequius, & melius, id clarior (1). Ma qualunque fosse la differenza fra il giudice, e l' arbitro, nel modo poi di procedersi innanzi ad essi per la liquidazione del fatto, non si diversificava in cosa alcuna. Solamente nella commessa, e nella sentenza differivano, come di qui a poco rileveremo.*

Dopo dato dal pretore il giudice o l' arbitro colla *composizione* del diritto sull' azione e sull'eccezione, priacche i litiganti si congedassero dal foro, doveano compiersi due altri atti; cioè le *satisfazioni*, e la *contestazione* della lite. In tutti i giudizj reali il pretore faceva lasciare *in iure* queste cautele. Il reo convenuto, che era lo stesso, che il possessore, dovea assicurare l'attore con *satisfazione*, cioè con

ido-

(1) Cic. pro Q. Rosc.

idonea malleveria, che nel caso non veniva egli ad ubbidire al giudicato, con non restituir forsi la cosa, che possedeva, o col non pagare l'estimo della lite, poteva l'attore obbligarlo, agendo, e contra lui, e contra quei mallevadori, che sul fatto egli dava. Questa cauzione dicevasi *satisfactio iudicatum solvi* (1). La formula della *fideiussione* che si dava collo stipulato, era: SI EA RES SECUNDUM ME, HEREDEMVE MEUM, A SEMPRONIO IUDICE, QUIVE IN RIUS LOCUM SUBSTITUTUS ERIT, IUDICATA ERIT, QUOD OB EAM REM TE, HEREDEMVE Tuum DARE, FACERE, PRAESTARE OPORTEBIT, QUANTI EA RES ERIT, DARE SPONDES (2)? Ma oltre a questa cautela, in quelle cause, nelle quali intervenivano procuratori, dopo introdotto l'uso di essi, l'attore ed il reo viceevolmente esigevano dai procuratori contrarij un'altra *satisfazione*; cioè quella: REM RATAM DOMINUM HABITARUM (3). La quale *satisfazione* doveano anche dare i tutori, quando si dubitasse della legittimità della loro persona (4). Nei giudizj personali poi non si dava la *satisfazione iudicatum solvi*, e solamente, intervenendo procuratori, allora il procuratore del reo dovea prestarla, perchè, come disse Giusti-

(1) *Princip. instit. de satisfact.*

(2) *Briffon. lib. V. pag. 393.*

(3) *Princip. instit. de satisfact.*

(4) *L. 13. D. de administ. tut.*

Stiniano, *nemo defensor in aliena re sine satisfactione idopeus esse creditur* (1). Ed è da dire, che mal si appose Alfeno presso Cicerone, nel negare di esser giusto, *procuratorem satisfacere, quod reus satisfacere non deberet, si adesset* (2). E per quello, che apparteneva all'attore in questi giudizj, quando egli agiva per mezzo di procuratore, era questi tenuto a dar la cauzione *REM RATAM HABERI*. L'editto del pretore così comandava: *CUIUS NOMINE QUIS ACTIONEM SIBI DARI POSTULAUERIT, ET QUO NOMINE AGIT, ID RATUM HABERE EUM, AD QUEN EA RES PERTINERET, BONI VIRI ARBITRATU SATISDET* (3). Finalmente nei giudizj di buona fede, ed arbitrarij, in vece delle soddisfazioni era solito farsi il *compromesso*, cioè depositarsi una data quantità di denaro, che dicevasi *compromesso* (4), il quale dopo l'esito del giudizio dovea liberarsi a danno di colui, che schivava l'esecuzione della sentenza (5).

Dopo le soddisfazioni seguiva l'atto della *con-*
te.

(1) §. 1. *instit. de satisfat.* Ved. Carlo Sigon. *de indic. lib. I. cap. 27.*

(2) *Cic. pro Quint. cap. 7.*

(3) Ved. Sigon. al detto Luogo.

(4) *Quaero abs te quid ita de hac pecunia compromissum feceris, arbitrum sumpseris, quantum aequius melius sit dari, repromittique, si pareret.* *Cic. pro Rosc. Comaed. IV.*

(5) Ved. Sigon. nel detto *lib. I. cap. 27.*

testazione della lite. La cosa quì era brevissima. Dice Festo, che la *contestazione* niente altro era, se non: *cum ordinato iudicio, utraque pars diceret, testes esto* (1). Serviva questo atto per vicendevole cautela dell'attore; e del reo, acciocchè si avesse memoria della cognizion dell'azione, della eccezione, e del decreto della dazion del giudice, delle soddisfazioni, e di quanto era occorso per ordinarsi il giudizio: e questo fa capire, che allora forsi quegli atti non si scrivevano; altrimenti pare, che sarebbe stato inutile il ricercarne la testimonianza. La contestazione dovea farsi con dieci cittadini Romani (2): e dopo contestato, quella, che prima era *controversia* fra i pretendenti, diveniva *lite* fra i litiganti (3). Non ogni controversia si è creduta sempre lite; ma quella che è istituita innanzi al magistrato (4); lo che accade quando dietro le scambievoli posizioni dei pretendenti già scoperte, ed indagate, viene a fissarsi lo stato della controversia. Alcuni vollero detta la *lite a sistendo in iure*, prendendo argomento da che anticamente dicevasi *illis*, e non *lis* (5). Ma il gran Mazzocchi pare che l'avesse derivata meglio dall'Ebraico *hesit*, che

vic-

(1) *Fest. voc. Contestatio*.

(2) *Sigon. l. 27.*

(3) *Ved. Hotom. voc. lis.*

(4) *Ved. Pollet. IV. VIII.*

(5) *Ved. Voss. Etymo. voc. lis.*

viene interpretato: *adversarium stare* (1); perchè questa originazione spiega a pennello l'atto che va ad esprimersi. Insegnarono i giuriconsulti, che colla contestazion della lite si faceva il quasi contratto fra l'attore, ed il reo, rimanendo ciascuno obbligato a mettere a prova quello, che incombeva per gli rispettivi affunti (2).

Restava dunque a fare il giudizio, per cui dopo la contestazione entrambi i rei litiganti appuntavano di vedersi innanzi al giudice nel *perendino*, cioè nel giorno terzo (3); lo che dicevasi *comperendinatio*, o *condictio* (4), e non già *vadimonium*, perchè non era una promessa di tornare *in ius*. Il solo morbo *sonico* scusava poi i litiganti dal presentarsi innanzi al giudice, o pure qualche altro appuntamento avanti a diverso magistrato, secondo lo stabilimento delle dodici tavole (5). E la stessa scusa valeva anche per lo giudice, il quale non trovandosi pronto, senza legittima causa, *litem suam faciebat*, come troviamo espresso presso Gellio. Il *litem suam facere* si verificava in più ma-

(1) *Mazoch. ad Voss. voc. lis.*

(2) *L. 3. §. 11. D. de pecul.*

(3) *Sigon. 1. 27.*

Ved. Stryk. de process. cap. V.

(4) *Res comperendinata significat iudicium. Fest.*, ed altri presso *Sigon. diff. loc. Ved. Vinn. tom. 2. pag. 899.*

(5) *XII. tav. n. 2.*

maniere nelle persone dei giudici , ed importava il tradire l' uffizio , ed il prestarli con dolo più ad una parte che ad un' altra . Tra i casi in cui egli così veniva a palesarsi , cravi quello di non lasciarsi vedere a bella posta nel giorno del giudizio (1).

Il giudice adunque nel perendino dovea presentarsi nel foro , fosse giudice , o arbitro , o recuperatore : e la sua situazione era nello sgabello a piè del tribunale pretorio ; onde questi giudici eran detti *pedanei* , sia perchè sedendo al di sotto del tribunale , venivano a stare ai piedi del pretore , come opinano alcuni eruditi , sia perchè , giudicando al basso , e non sul tavolato pretorio , venivano a giudicare *pede plano* , come più accuratamente insegnò Giacomo Cujacio (2). Innanzi ad essi nel perendino , o in quel giorno , in cui erasi differito il giudizio , si dovean presentare i litiganti . Chi di essi mancava , era citato ad istanza dell' altro . Dice quì Carlo Sigonio , che per questa citazione si spediva l' editto pretorio (3) . Ma non era , nè poteva esser così . L' editto si proponeva dal magistrato , che avea giurisdizione ed imperio . Il giudice non ci-
ta-

(1) *Ved. Hotom. voc. litem suam facere.*

(2) *Raevard. conicq. III. 10. Cuiac. in Nov.*

82.

(3) *Sigon. de iudic. lib. I. cap. 28.*

tava coll' editto, ma col precone; e cogli apparitori pretorj, che colla licenza del pretore, si prestavano; e citava o a voce, o col fare affiggere il libello alla casa di abitazione (1). Ma se dopo la citazione alcuno dei litiganti non comparisse, il giudizio si disbrigava col solo presente, in osservanza delle dodici tavole, le quali dopo la contestazione della lite volevano, che il giudice, non più si brigasse, di chi era volontariamente assente (2).

Se poi innanzi al giudice entrambi i litiganti assistevano, allora prima di ogni altro si doveva da tutti giurare per lo buon essere del futuro giudizio. I giuramenti si lasciavano *ad Puteal Libonis*, cioè sopra un' Ara sita nel Comizio a sinistra della Curia, e soprapposta alla covertura di un pozzo, che si chiamò di Libone, dal nome di colui, che la ristaurò (3). Il giudice giurava, che egli avrebbe giudicato senza umani riguardi; ma *ex animi sententia, & ex lege*. L'attore giurava: *se non calumniandi animo litem movisse, sed aexistimando bonam causam habere*. E giurava il reo: *quod putant, se bona iustitia uti, ad reluctandum pervenarit* (4).

Do.

(1) Ved. Scipion. Gentil. de iurisdic. l. b. I. cap. 30.

(2) XII. tab. n. 2.

(3) Rarvard. varior. L. V. cap. VIII. Sigon. de iudic. L. I. cap. 28.

(4) Sigon. dist. loc.

Dopo i giuramenti il giudice andava a federe, e se egli era solo, non cimentava da se la cognizione: Adoperava allora dei giurisconsulti, che gli servissero di consiglio, e faceva seco trattenerli per tutto il tempo del giudizio (1). Sappiamo da Cicerone nella Quinziana, che a Gajo Aquilio, giudice dato dal pretore, fecero da consiglieri i giurisperiti L. Lucullo, G. Quintilio, e M. Marcello (2). E nella causa di Q. Roscio a G. Pisone fece assistenza il giuriconsulto M. Perperna.

Il trattamento della causa o si faceva dagli interessati personalmente, quando avessero fiducia nella loro condotta, e quando si trattasse di affari non momentosi, o si faceva per mezzo dei *cognitori*; abbandonandosi poi la totale energica difesa nelle cause di serio oggetto ai sommi *Oratori*. Nel quinto secolo di Roma si cominciarono a sentire i *cognitori*; i quali da Francesco Polleto credonfi nati dopo il furto delle azioni, fatto da Gneo Flavio. L'ufficio di essi corrisponderebbe a quello dei procuratori di oggi giorno; colla sola differenza, che i procuratori oggi agiscono per mandato degli

Tom. I. O al-

(1) *Ge'l. no. att. lib. 14. cap. 2.*

(2) *Non eo dico C. Aquili, quo mihi veniat in labium tua fides, & constantia, aut quo non in iis, quos tibi advocasti, viris electissimis civitatis, spem summam habere C. Quintius debeat Cic. pro Quinz.*

affenti, ed essi allora si prestavano ad incarico dei presenti, considerandosi quasi *familiarissimi defensores*, *quorum fidei partes ius suum explicatum, lisisque fundamenta concedunt* (1). Or pria che questi *cognitori* entrassero a far parte in giudizio, erano invitati dai giudici con un *dic* (2), perchè cominciassero a dar conto della causa che pendeva. Essi ne facevano un dettagliato sì, ma breve rapporto, indicando tutto quello, che occorreva, e portando in abbrecc il merito intiero della cosa; lo che dicevasi *causae coniectio*; cioè *causae in breve coactio* (3). Troviamo presso Gellio, che Protagora, volendo ripeter la mercede dal giovine Eutalone, venne dal giudice, *coniiciendae, constituendaeque causae gratia* (4). Infatti serviva un tal mezzo per disporre l'animo del giudice, e prepararlo a far idea della contesa. E secondo le dodici tavole, questa, come se dicessimo in introduzione di causa, dovea farsi prima del mezzo giorno (5): ANTE MERIDIEM CAUSAM CONIICITO CUM

(1) Pollet. lib. II. cap. 11.

(2) Martial. L. 6. epig. 19.

(3) Cum litigatores ad iudicium venissent, antequam causa ad iudicem ugeretur, quasi per iudicem rem exposuerunt; atque id ipsum dictum est causae coniectio, quasi causae in breve coactio. Paedjan. verr. 3. pag. 76.

(4) Gell. lib. V. cap. 4.

(5) Gotofr. probat. ad tab. I.

CUM AMBO PERORANT PRAESENTES .

Si passava quindi all' esibizione delle pruove, per poi ponderarle , e farle oggetto della decisione del giudice . I *cognitori* solevano farsi seguire da alcuni *custodi*, e *cassieri*, così detti, perchè ad essi era data la cura di conservare , e portare appresso, pronti sempre all'uopo, gli stromenti, le tavole delle testificazioni, e tutte le scritture, che doveano servire alla causa (1). In materia di prova , si distingueva fra le tavole pubbliche , e le private . Le prime facevano piena fede , ed erano da più dei detti dei testimonj (2) : le seconde non provavano , se non si trovassero esarate col consenso delle parti , ed avessero la sottoscrizione di testimonj ; altrimenti senza testimonj conchiudevano soltanto contra il producente , che ne era stato l'autore, dopocchè o egli avesse confessato di averle di sua mano formate , o fosse seguita per provvidenza del giudice la verifica del suo carattere, colle necessarie comparazioni (3). La forma ordinaria delle tavole ci viene indicata da S. Ambrogio , il quale dice, che richiedevano: *vocabulum, summam illic potestatem gerentis, diem, locum, causam, testes quoque adhiberi solent* (4). Il modo poi da

O 2 es.

(1) Ved. Pollet. lib. 2. cap. 4.

(2) L. 10. D. de probat.

(3) Ved. L. 20. C. de fid. instrum.

(4) D. Ambros. Lib. 2. in Luc. cap. 2.

esser queste tavole chiuse , e condizionate , lo rapporta il giuriconsulto Paolo : *Amplissimus ordo decrevit , eas tabulas , quae publici , vel privati contractus scripturam continent , adhibitis testibus ita signari , ut in summa marginis ad mediam partem perforatae triplici lino cōstringantur , atque impositum supra linum cerae signa imprimantur , ut exteriores scripturae fidem interiori servant . Aliiter tabulae prolatae nihil momenti habent* (1) . Ne importa , che questo Senato Consulto, riferito da Paolo, sia da riportarsi ai tempi degli Imperadori sotto Nerone , come testifica Suetonio (2) ; imperciocchè il modo di chiudere , e suggellare colla cera , e col lino , e di improntare i suggelli cogli anelli segnatorj , era in antico costume dei Romani , come specialmente è da vederli presso Plauto (3). Già per tavole si intendeva ogni sorta di scrittura , da cui la causa poteva essere ajutata , ed istruita . Disse Paolo , che questo appunto era l' istrumento , cioè : *omne id ex quo causa instrui potest* (4). Vi erano le tavole del dare , e dell' avere , chè per lo più si producevano nei giudizi *recuperatorj* . Vi eran le tavole pubbliche degli argentieri . Vi eran le

12-

(1) *Paul. sentent. lib. 5. tit. 25. §. 5.*

(2) *Sueton. in Neron. cap. 17.*

(3) *Plaut. Bacchid. act. 4. scen. 4. ver. 64. Curcull. act. 2. scen. ultim. ver. 67.*

(4) *L. 1. D. de fid. instrum.*

tavole *paxionali*, nelle quali si riferivano tutti i patti. E vi erano finalmente le lettere, e le *syngraphae*, che tutte venivano sotto il nome di tavole (1).

Seguivano i detti dei testimonj. Questi doveano essere uomini liberi, e non intestabili, cioè proibiti dalla legge a far testimonianza. Le cause della loro inabilità oltre a quelle stabilite dalle dodici tavole, che di sopra rapportammo, erano le altre, tramandate a noi dal giurisconsulto Callistrato (2). Il numero di essi non poteva essere a talento dei producenti, ma dovea dal Pretore determinarsi, chiedendosi *per libellum*, e non soleva eccedere quello di dieci. Essi, o presentavansi dai producenti spontaneamente, o se eran ritrosi, venivano dinunciati dal precone, dietro la licenza pretoria, che si rilasciava anche in dorso di libello, secondo la forma dell' editto (3): e se dopo la dinuncia si negavano a dar la testimonianza, non potevano essere forzati; perchè non fu, che a tempo di Giustiniano, quando si credette di potersi compellere i testimonj a deporre nella causa pecuniaria (4). Le dodici tavole altro non dicevano, se non che restasse infame quel testimonio, che essendo intervenuto al testamento, o alla

O 3

man-

(1) Ved. Carl. Sigon. de iudic. lib. 2. cap. 16.

(2) L. 3. D. de testibus.

(3) Ved. Carl. Sigon. de iudic. lib. 1. cap. 25.

(4) L. 15. C. de testib.

mancipazione, ricusasse di darne testimonianza: ma non permettevano poi che si gastigasse con multa, o si violentasse in altro modo. O venissero però per effetto della denuncia, o volontariamente all' avviso di chi li produceva, per non farsi comparire spontaneo il loro detto, essi non si presentavano nel giudizio, ma fedevano ai sgabelli loro destinati, ed allora si alzavano a far la deposizione, quando il precon formalmente li citava (1).

Il detto dei testimonj o si riceveva a viva voce, o per mezzo di tavole, quando fossero assenti, e non potessero intervenire (2). Allorchè intervenivano, e deponevano a viva voce, non dicevano: *se scire, o pro comperto habere*, ma con un parlare più modesto, testificavano: *se arbitrari, quod ipsi scirent, quia vidissent*. Ne è testimonio Cicerone nella orazione *pro Fonteio* (3).

I testimonj allora non si interrogavano dal giudice, come fatti oggi giorno, ma dagli stessi litiganti, cioè tanto da coloro, che li producevano, quanto dalla parte avversa (4); e
pri-

(1) *Cic. pro Rosc. Com. cap. 13. Sueton. in Claud. cap. 15. ved. Pollet. lib. 1. cap. 7.*

(2) *Ved. Carl. Sigon. de iudic. lib. 11. cap. 15. in fin.*

(3) *Cic. pro Font. cap. 10. id. 4. Acad. quaest. cap. 47. ved. Hotom. 10. observ. 26.*

(4) *Ascon. Paedrian. verr. 3. pag. 77.*

prima di essere interrogati, non potevano aprir bocca (1). Ed appunto perchè dalle percontazioni dell' avversario non si confondessero, si badava bene da chi li produceva ad istruirli anticipatamente (2). Si spendeva allora grande arte nel saper interrogare, e nel saperne elicere il pro. Questa operazione chiamavasi *altercazione*, appunto perchè a vicenda *alter alterius testes interrogabat* (3). E di qui nacquero i precetti dei Rettorici circa le cautele delle interrogazioni, e le leggi metodiche *ad percontandum*. La formola dell'interrogatorio era: *te rogo: te quaero: volo ut mihi respondeas* (4). Dopo l'interrogatorio essi rispondevano, avendo prima dato giuramento, *ne falsa dicerent, vera reticerent* (5). Gli artefici, che deponevano come periti, dicevano: *ex animi sententia putare* (6). Gli assenti, che mandavano scritte le loro deposizioni, per farle valere, doveano farle sottoscrivere da altri testimonj degni di fede (7). Queste testimonianze però mandate da lontano, e

O 4

non

(1) *I. o stesso nel detto luogo pag. 103.*

(2) *Quinctil. lib. V. cap. 7. Briffon. lib. V. pag. 477.*

(3) *Pollet. lib. 4. cap. 13.*

(4) *Ved. Briffon. lib. V. pag. 476.*

(5) *Ascon. Paedian. Ver. 3. pag. 95.*

(6) *Ved. Cuiac. observat. lib. 1. observ. 21.*

(7) *Cic. pro Quinct. cap. 6. L. 9. §. 5. D. de poenis.*

non intese a voce viva, par, che poco si prez-
zassero (1).

Dopo uniti i detti dei testimonj, ed apparec-
chiato il materiale delle tavole probatorie, si
attaccava la difesa *binc inde* della causa. Qui
era, che negli affari di rilievo si impegnava l'
eloquenza degli oratori Romani. Questa illu-
stre classe di uomini, differente dagli avvocati
del prisco senso, dai padroni, e dai cognitori,
presentava quelle persone autorevoli, e fastose,
che professavano l'arte di ben dire, e di persua-
dere. Non è credibile con quanta pompa si por-
tassero nel foro gli oratori Romani, e funzio-
nalisero. Essi erano accompagnati da turbe di cli-
entoli, dei quali coloro, che precedevano, dicevan-
si *anteambulones*, coloro, che accompagnavano di-
cevanli *comites*, e *pedissequi* coloro, che seguiva-
no. Fra questi clienti sempre vi erano i toga-
ti, che si recavano a gloria un tal corteggio.
Poi non mancavano servi, ed altre persone di-
pendenti, che o facevano plauso, o atti di
congratulazione, o saluti profondissimi (2). L'
oratore, perorava stando diritto in piedi, colla
faccia rivolta al giudice, e dovea restar con
tutta la persona scoperta, acciocchè potesse
ostentare, e facesse avvertire tutti i gesti del
corpo, che artatamente erano composti ai sen-
si delle parole, per accrescere l'energia dell'
ora-

(1) L. 21. D. *de his, qui not. infam.*

(2) Ved. Pollet. lib. 1. cap. 10.

orazione, e vie più imprimere nell'animo (1). Essi erano anche invitati dal giudice a perorare con un *Dic* (2): E poi cominciavano le loro arringhe con degli esordj modesti, e veracendi profferiti con umiltà di voce, e con disegno di procacciare attenzione, e riguardo. Poi passavano alle perorazioni, e potevano alle volte parlare a vicenda per l'una parte, e per l'altra; così che alle prime posizioni dell'attore poteva rispondere l'oratore del reo, e poi sospendere per dar luogo di nuovo alle perorazioni del primo (3). Il merito della causa, che essi esponevano, o si faceva risaltare dal detto dei testimonj, o dalle prove scritturali, o dalle persuasive di convincentissimi argomenti. Esempio ne sono tutte le orazioni del gran Cicerone, nelle quali da tanti secoli si è sempre ammirata quell'arte di persuadere, tratta da parlanti dimostrazioni, e da oggetti pronti di vivissime congetture. Anzi questo era, in cui l'oratore distinguevasi, cioè nel dar corpo ad argomenti presuntivi, e congetturali, da persuadere più che se fossero detti di testimonj, o lezioni di pubbliche scritture. *Si debuisset Sexte, dice argomentando Cicerone pro Quintio, perisses statim: nisi statim, paulo quidem post:*
si

(1) *Ved. Pollet. lib. 1. cap. 5.*

(2) *Briffon. lib. V. cap. 115.*

(3) *Ved. Pollet. lib. 1. cap. 12.*

si non paulo, aut aliquanto, sex quidem illis mensibus profecto: anno vertente sine controversia. Anno, & sex mensibus vero, cum tibi quotidie facultas esset admonendi hominem, verbum nullum facis, biennio iam confectio fere appellas?

Mentre l'oratore perorava, non mancavano degli *attuarij*, e *notarij*, i quali intenti a sentire l'orazione, sapevano immantinenti trascriverla per mezzo di note, e cifre, per poi renderla al pubblico, e farla ammirare (1).

L'arte oratoria fu creduta però pericolosa per lo foro. Si poteva guadagnar l'animo del giudice anche in quello dove la giustizia non consentiva. Furono adunque di avviso i Romani a non permettere a briglia sciolta lunghissime perorazioni: e stabilirono, che gli oratori dovessero misurarsi in un determinato spazio di tempo, e circoscrivere in esso tutta la loro difesa. Già in Roma da Scipione Nasica al finire del sesto secolo si eran fatte conoscere le Clessidre, cioè gli orioli ad acqua, per misurare le ore del giorno (2). Sicchè mettendosi queste macchine innanzi ai giudici, fu loro infinituato, che con esse dessero regola agli oratori, e ponessero modo alla loro eloquenza; lasciandosi all'arbitrio del giudice stesso il determinare quante clessidre dovessero votarsi nel giu-

(1) Ved. Poller. lib. 2: cap. 12.

(2) Ved. Vitruv. lib. 9, e Poller. lib. 1. cap. II.

giudizio, che si agitava, secondo la qualità dell'oggetto, e la condizione del perorante. Di qui venne quell'orare *ad clypsydram*, di cui parlò Cicerone (1), e Marziale (2). E di qui s'intende la lagnanza di Quintiliano, perchè spesso nelle orazioni assai studiate tutto insieme bisognava tacere: *laboratam congestamque dierum, ac noctium studio actionem aqua deficit*. Egli è sicuro, che sotto il terzo consolato di Pompeo nel foro Romano non vi erano orazioni sciolte, e libere, ma tutte legate dall'obbligo di ubbidire alle clessidre (3).

Alle perorazioni si dava fine con un *DIXI*; così per avvertire l'esito del discorso (4), come per render testimonianza al giudice dell'ubbidienza prestata, dopo essere stato l'oratore invitato a dire con un *DIC*. Finite le perorazioni, e con esse la difesa, i giudici si chiudevano fra loro per decidere; e se era un giudice solo, stringevasi egli con i giurisconsulti suoi consultori. La frase era: *ire in consilium* (5). *Tibi instat Hortensius*, disse Cicerone al giudice.

(1) *Cic. de orat. lib. III. cap. 34. 35.*

(2) *Martial. lib. VI. lib. VIII. contro a Cinna*

(3) *Ved. Pollet. disto lib. 1. cap. 11.*

(4) *Moris fuit veterum, cum satis visum esset fluxisse verborum, hanc sibi necessitatem finiendae orationis imponere, ut dicerent ad ultimum, dixi. Ascon. Paedtan.*

(5) *Gell. lib. 14. cap. 2.*

dice Aquilio, *ut eas in consilium*. E dopo maturate le necessarie riflessioni si profferiva la sentenza; la quale poteva anche esser disforme dal consiglio, quando al giudice così sembrasse. Allora i giuriconsulti non imponevano necessità, come fu poi sotto Augusto; ed i loro consigli potevano essere o negletti dai giudici, o confusi dagli oratori; lo che può vedersi presso Cicerone (1). E perciò allora nei responsi non si allegavano ragioni (2), e senza scriversi e sottoscriversi, si davano da essi a voce solamente i voti (3). La sentenza del giudice, perchè non era decreto, non soleva contenere espressioni imperiose; e dovendosi restringere a palesare soltanto il sentimento dell'animo, si concepiva per lo più col *VIDERI* (4). *VIDETUR, CURIANE, MATER TUA IUSTAS HABUISSE CAUSAS IRASCENDI TIBI* (5). *VIDERI SIBI HUNC HOMINEM LIBERUM* (6). Scrive Cicerone, che solevano anche i giudici aggiungere per modestia alla sentenza: *SI QUID MEI IUDICII EST* (7). Non è però, che delle volte
non

(1) *Cic. pro Muraen. cap. XIII. pro A. Caec. cap. XXIV.*

(2) *Senec. epist. 94.*

(3) *Vedi Heinec. Hist. iur. III. 157. not., e L. 2. §. 12. D. de orig. iur.*

(4) *Ved. Cujac. observ. III. 26.*

(5) *Plin. nel detto luogo.*

(6) *L. 28. §. 1. D. de liber. caus.*

(7) *Cic. lib. II. de finib.*

non si trovasse anche usato altro formolario . Il giuriconsulto porta una sentenza: CUM CONSTET TITUM SEIO EX ILLA SPECIE QUINQUAGINTA , ITEM EX ILLA QUINQUAGINTA QUINQUE DEBERE , IDCIRCO TITUM SEIO CENTUM , ET QUINQUE CONDEMNO (1) . Anzi troviam detto da Ulpiano : SOLVE QUOD PETITUM EST (2) . Generalmente le sentenze assolutorie portavano la formola : SECUNDUM TE LITEM DO (3) . Negli arbitrij si diceva : ARBITROR TE HOC MODO SATISFACERE ACTORI DEBERE . E se all' arbitrio non si ubbidiva , seguiva la sentenza : CENTUM , DE QUIBUS ACTOR IN LITEM IURAVIT , REDDE (4) . Venne tempo , in cui i giudici furono obbligati a scriver la sentenza in una tabella , e recitarla (5) ; ma questo prima degli Imperadori non si trova usato per gli giudizj civili (6) : e noi a suo luogo ne daremo conto .

Essendo più i giudici a decidere , ed opinando non tutti ad un modo , il numero maggiore dei suffragj tirava seco il minore . Se poi i suffragj discordanti eran divisi egualmente , e si imbattevano in una parità , ragion voleva , che nella pari condizione il reo si assolvesse . Disse Aristotile , che nel giudizio diversamen-

te

(1) L. 1. §. 1. D. quae sent. fin. appellat. rescind.

(2) L. 59. D. de re iudic.

(3) Valer. Max. lib. 8. cap. 1.

(4) Ved. L. 18. princ. D. de dol. mal.

(5) Ved. tit. Cod. de sent. ex peric. recitan.

(6) Pollet. lib. V. cap. 15.

te sta l'attore dal reo. Il primo può agire quando vuole, e se mai vuole; lo che non è permesso al secondo (1). Sicchè arrivandosi ad un punto dove pareggiano di condizione, nel giudizio l'attore, ed il reo, persuade la naturale equità, che il secondo sia più favorito del primo. Noi abbiamo da Dionigi d'Alicarnasse, che in Roma per antico stabilimento di Legge nelle parità dei giudicanti vinceva il reo, perchè era assoluto: e troviamo già passato in adagio l'*aequales calculi*, per disegnarfi taluna cosa, che non nocesse. E su questi principj ebbe certamente poi base il responso di Paolo nella rinomata Legge *inter pares* 38. D. *de re iudic.*, nella quale fu scritto: *inter pares numero iudices si dissonae sententiae proferantur, in liberalibus quidem causis (secundum quod a D. Pio constitutum est) pro libertate statutum obtinet. In aliis autem causis pro reo.* E di qui ancora ebbe origine l'altro sistema anche adottato nel foro, e testificato da Giuliano: *si diversis summis condemnent iudices, minimam spectandam esse* (2).

Nei casi poi, quando il giudice non si vedeva atto a decidere, ed era ancor nello stato di dubbiezza, non pronunciava sentenza, ma diceva: *sibi non liquere* (3): e con ciò veniva
ad

(1) *Arist. in problem.*

(2) *L. 38. §. 1. D. de re iudic.*

(3) *Gell. lib. 14. cap. 2.*

ad ampliarsi il giudizio; cioè si concedeva un dato spazio di tempo *ad amplius cognoscendum* (1). I solenni, che doveano accompagnar la sentenza erano due: primieramente si dovea profferire dal giudice sedendo, così per averli maggior quiete di animo, come per imporre con più autorità (2): e poi dovea profferirsi al cospetto dei litiganti (3) ✓

Il giudice dopo aver pronunziata la sentenza, non poteva più prender parte nella decision della causa. La sentenza formava un atto irretrattabile, che per nessun verso poteva esser mutato. Scrisse poi Apulejo: *Proconsulis autem tabella sententia est, quae semel lecta, neque augeri litera una, neque minui potest* (4). Avvisammo di sopra, che nella costituzion del giudizio si poteva dai litiganti provocare da quel decreto, con cui si dava il giudice: ed i plebei aveano anche il diritto di appellare i tribuni della plebe. Se dunque i litiganti non si avvalevano di questi rimedj, o dopo averli sperimentati restava ferma la costituzion del giudizio, allora, essendo

(1) L. 13. §. ult. D. de recept. arb. ved. Cic. pro Caecin. e Valer. L. 8. de caus. Cottae; presso il quale ultimo si legge: *septies amplata; ad ultimum octavo iudicio absoluta est.*

(2) Pollet. lib. 1. cap. 5.

(3) L. 47. D. de re iudic.

(4) Apulei. lib. 1. Floridor.

do ognuno obbligato a dar la mallevaria *iudicatum solvi*, dovea per necessità stare alla sentenza, ed eseguirla. Solamente avea luogo la restituzione *in integrum*, che dal pretore si accordava. *Quoniam*, dice Carlo Sigonio, *fieri poterat, ut aliquis in actione, vel recusanda, vel accipienda multis modis lapsus esset, post sententiam semel latam dabatur damnato potestas litis retractandae, atque ea dicebatur restitutio in integrum* (1). La quale restituzione avea anche luogo se per convenzione dell' avversario la verità si trovasse suffogata (2). E questo beneficio della restituzione si dovea postulare nel giorno prossimo delle postulazioni, fra il biduo, dopo la promulgazion della sentenza; altrimenti il vincitore nel giorno stesso postulava per l'esecuzione della cosa giudicata. Già la restituzione non si accordava, se non *causa cognita*; ma bastava però che si postulasse, per metter riparo alla sentenza.

Allorchè si andava ad eseguire il giudicato, bisognava ritornare in *gius*, e dipendere dal pretore, che avea la giurisdizione, e l'imperio (3). La sentenza del giudice non faceva altro, che partorir l'azione, detta propriamente *actio rei iudicatae* (4); la quale do-

(1) *Sigon. L. 1. cap. 30.*

(2) *L. 17. D. de minor.*

(3) *L. 13. D. de re iudic.*

(4) *L. 4. princ. L. miles de re iudic.*

dovea esporfi al pretore nel giorno delle postulazioni per produrre poi l'effetto, che consisteva nell'esecuzione del giudicato stesso. Si eseguiva il giudicato, obbligandosi il vinto a prestare al vincitore tutto quello, a cui era stato condannato colla sentenza. Correvano allora i trenta giorni, stabiliti dalle dodici tavole a poter pagare, e adempiere al giudicato (1). Passato questo tempo, il pretore ordinava, che il condannato si pignorasse, cioè si togliessero a lui dei beni, che servissero di pegno al creditore. Ulpiano rammentò il metodo, che si teneva nel fare questi pegni. Prima si prendevano le cose mobili, poi i semoventi, in terzo luogo i stabili, e per ultimo i nomi dei debitori (2). Questi beni pignorati, quando il debitore interpellato non li riscattasse, si vendevano sotto l'asta per ordine del pretore; o non trovandosi a vendere, coll'autorità di lui si aggiudicavano (3). Vi erano dei riguardi però, che in questa occasione si concedevano a persone meritevoli. Quando il pegno, che dietro il giudicato veniva a togliersi formava tutto intiero l'avere del debitore, così che niente altro superavagli, allora il pretore non per tutte le persone permetteva, che il pegno intiero si distraesse. Al padrone, che

Tom. I.

P

avea /

(1) *Gel. lib. 15. cap. 13., e lib. 20. cap. 1.*

(2) *L. 15. D. de re iudic.*

(3) *Pollet. III. cap. 2.*

avea data la libertà, ed alla sua moglie e figli, al donante, che erasi convenuto in forza della donazione, al soldato benemerito del pubblico, si lasciava dal pegno una data porzione, regolata prudentemente dall'arbitrio del magistrato, la quale serviva a dar loro il necessario sostentamento (1).

Se poi il debitore niente avea, era tratto di nuovo in *gius* col rito della *vocazione*; e non dando malleveria idonea al creditore di pagare il giudicato, restava a lui addetto con cognizione, e decreto pretorio. Il restare addetto non importava il restar servo: e Quintiliano lasciò a noi descritte le differenze, che passavano fra l'uno stato, e l'altro (2). Le dodici tavole, come riferimmo, stabilivano, che l'uomo addetto al creditore, dopo essere stato sessanta giorni nelle carceri discretamente legato, e col governo di una libbra di farri al giorno, si fosse poi o venduto di là dal Tevere, o ucciso (3). Ma già avvertimmo, che non mai si vide per un debito ucciderli alcuno; nè superarono esempj, che facessero vedere anche venduto un cittadino Romano dal suo creditore: e bastò, che

(1) *L. patronus D. de re iudic.*

L. qui ex donatione D. de donat.

L. inter, L. is quoque D. eod.

L. miles §. item milites D. de re iudic.

(2) *Quintil. lib. VII. cap. 3., & declamat 31.*

(3) *Gell. lib. 20. cap. 1.*

che restasse soltanto scritta nella legge la minaccia, per imporre, e farsi rispettare (1). Abbiamo poi da Tertulliano, che alla vendita della persona del debitore, o al dilaniamento delle sue membra, che le dodici tavole aveano minacciato, successe la *proscrizione* dei suoi beni (2). Questa *proscrizione* è difesa, che portava la compra *per universitatem*, facendosi acquisto di quanto aveva, e potea avere il debitore, con un titolo equivalente a quello di successione universale, la qual cosa dall'Imperador Giustiniano venne poi ad abolirsi *Inst. de succes. subl. quae fieb. per bon. vend.* (3). Ma siccome non sempre i beni dell'uomo addetto si *proscrivevano*, così seguitava egli a durare nella condizione di essere addetto, a vantaggio del suo creditore fino a che non lo soddisfaceise. Or a tempi di Giulio Cesare colla legge Giulia fu anche inventato il modo, come sottrarre i debitori a questo infortunio. Si trovò allora il rimedio della cessione dei beni, col quale il debitore, soverchiato da' debiti, sfuggiva la molestia del carcere, e

P 2

quel.

(1) Ved. Gell. diſt. loc.

(2) Sed & judicatos retro secari in partes a creditoribus leges erant: consensu tamen publico erosa, & in pudoris notam capitis poena conversâ, honorem adhibita proscriptio suffundere maluit hominis sanguinem, quam effundere. Tertull. in apologet cap. 4.

(3) Vedi Cont. lib. 2. lect. subsec. cap. 18.

quella di essere addetto (1). Vero è, che questo rimedio fu chiamato nei tempi appresso *flexibile adjutorium*, & *miserabile auxilium* (2); ma in confronto della sorte di restare addetto, questa miseria era certamente minore.

Quando non si era agitato giudizio di debito e credito, ma erasi spinta azione reale, o pure azion personale, in cui fosse stata in oggetto una cosa fissa, come sarebbe nel comodato, e nel deposito, in tal caso dovea ubbidirsi al giudicato, col prestarli particolarmente la cosa. Era solito allora chiamarsi anche in *gius* il condannato a restituire, ed a lui si dava una picciola dilazione, se mai sul fatto non adempiva, ma col lasciare intanto cautela, *datis fidejussoribus*, di pagare l'estimo della lite in caso di inosservanza (3). La dilazione dipendeva dall' arbitrio del Magistrato: e se mai restava vuota di effetto, si passava alla forza così contra i fidejussori, che contra il principal debitore. Nelle cause di nunciazione di nuova opera, o in quelle, nelle quali si era attentato realmente contra qualche interdetto, si mandavano i littori a rovesciare tutto l'innovato, ed il contravvenuto (4).

An-

(1) Ved. L. 1., e 14. Cod. qui bon. ced. pos.

(2) L. 1. L. ult. cod. Cod.

(3) §. 2. Instit. de offic. Iud. L. 11. D. de re judic. Duaren. ad L. 2. D. eod.

(4) Vedi Causaubon. ad Sueton. in Iul. cap. 17.

Anche il reo, quando era riuscito vincitore dopo il giudicato poteva agire contra l'attore. Egli allora faceva inquirere sulla sua condotta, e poteva istituirgli contro un giudizio di calunnia. Vi era l'editto del pretore, riferito da Ulpiano, secondo il quale si dava quest'azione in *quadruplum*, se mai si istituiva infra l'anno, e dopo l'anno in *simplum* (1). I calunniatori eran definiti coloro, che prendevano danaro per intentar la lite senza causa, o l'intentavano senza causa a fine di estorquer danaro (2).

Finalmente così l'attore, che il reo dopo il giudicato potevano far inquirere sulla condotta del giudice, se cioè si fosse lasciato corrompere da danaro, o da impegno; onde *litem suam fecisset*. Il giudizio, che si apriva era il giudizio di falso, che secondo le dodici tavole portava la pena della morte, ma nei tempi dopo colla legge *repetundarum* fu altramente punito, egualmente, che fu riformata la pena per gli falsi testimonj (3).

Or tutto il processo civile finora riferito non è sicuro se per intero allora si scrivesse, e si registrasse. Giacomo Revardo portò opinione, che l'edizion dell'azione, e l'impetrazione di essa, ottenuta nel giorno delle postulazioni, si

re-

(1) L. 1. D. de calumniator.

(2) Cic. pro Milon. Gel. lib. 13. cap.
d. L. 1. de Calumniator.

(3) Sigon. 1. 33.

registrava dagli scrivani fra gli atti delle postu-
lazioni (1). Egli appoggia sul testo di Mode-
stino nella legge 32. *ex quib. caus. major. &c.*
e sul passo di Seneca *epist. lib. 14.*; e poi su
quello di Plinio *epist. lib. 1.*: *nihil agere, ni-
hil scribere, aut assidenti sibi vacare, aut an-
xio libere.* Certamente troviamo presso Cicero-
ne nella Verrina quinta: *si haec edicta non ex
ipsius tabulis totidem verbis recitare possem, sic-
uti faciam. Da quaeso scribae: recitet ex co-
dice. Edictum de possessione. E poco dopo
Recita. Edictum de iudicio octuplum* (2). Que-
sti monumenti importano al certo lo stile di
scrivere e di registrare gli atti postulativi. E
per parità di ragione potrebbe dirsi, che anche
gli atti di cognizioni, le sentenze, e l'esecu-
zioni di esse andassero in registro, per la me-
moria così dell'azione dedotta, che dell'azio-
ne giudicata. Quest' affare però restò meglio
assodato nel processo, che venne ad aprirsi sot-
to i Cesari, al quale ora facciam passaggio.

F I N E.

(1) *Raevard. protrib. cap. 9.*

(2) *Hotoman. observ. III. 20.*